

**ENTWICKLUNGSORIENTIERTE AUSLEGUNG
EINER INVESTITION
i. S. d. ART. 25 ICSID**

Dissertation
zur Erlangung des Grades eines Doktors des Rechtes bei der
Bucerius Law School in Hamburg

vorgelegt von
Adrien von Breitenstein

2012

Tag der Promotion: 18 Oktober 2011

Erstreferent: Professor Dr. Karsten Thorn, LL.M.

Zweitreferent: Professor em. Dr. Meinhard Hilf

Für die Druckfassung wurde Literatur und Rechtsprechung bis Dezember 2009

berücksichtigt.

Meinem Vater, in großer Dankbarkeit und Bewunderung für das Vollendete
und das Unvollendete

„The hidden architecture of sustainable Development is the law“¹

¹ Hernando de Soto, The Secrets of Nonsuccess, Time Apr. 2001.

Gliederung

GLIEDERUNG	I
LITERATURVERZEICHNIS	VII
VERZEICHNIS DER ZITIERTEN GERICHTLICHEN UND SCHIEDSGERICHTLICHEN ENTSCHEIDUNGEN:	XXXII
GESETZE, ABKOMMEN UND WEITERE REGELWERKE	XLIII
EINLEITUNG	1
TEIL I 4	
HINTERGRÜNDE DES INVESTITIONSSCHUTZES	4
§ 1 ÜBERBLICK ÜBER DIE INVESTITIONSSCHUTZMECHANISMEN	5
I. Einleitung	5
II. ICSID	7
1. Rahmenumstände und Ziele der ICSID Konvention	7
2. Das ICSID Schiedsverfahren	8
3. Vorteile des ICSID	9
III. Bilaterale Investitionsschutzabkommen	11
1. Schutzgehalt der BITs	11
2. Ziele der BITs	12
IV. Economic Development Agreements	13
V. Die Exportkreditgarantien des Bundes	13
VI. Multilateral Investment Guarantee Agency	14
VII. North American Free Trade Agreement	15
§ 2 GESCHICHTE DES INVESTITIONSSCHUTZES	16

I.	Der Ursprung	16
II.	Kolonialzeit	17
III.	Beginn des 20. Jahrhunderts	19
IV.	Ende des zweiten Weltkrieges – Untergang der Sowjetunion	21
V.	Nach dem Untergang der Sowjetunion	25
§ 3	DIMENSION DES MODERNEN INVESTITIONSSCHUTZES	28
	TEIL II	30
	ENTWICKLUNGSDIMENSION DES INVESTITIONSSCHUTZES	30
§ 4	UNMITTELBARE ENTWICKLUNGSDIMENSION: ENTWICKLUNG ALS ZIEL DES INVESTITIONSSCHUTZES	31
I.	Positive Entwicklungsziele des Investitionsschutzes: Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung	32
1.	Im Investitionsschutzrecht	32
a)	Entwicklungsdimension der ICSID Konvention	32
b)	Entwicklungsdimension der Investitionsschutzabkommen	34
2.	Im sonstigen internationalen Handels- und Wirtschaftsrecht	35
II.	Von wirtschaftlicher zur nachhaltiger Entwicklungsförderung	37
1.	Definitionen von nachhaltiger Entwicklung	37
2.	Nachhaltige Entwicklung als Ziel des internationalen Handels- und Wirtschaftsrechts	38
3.	Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsgesichtspunkten durch negative Entwicklungsziele	40
III.	Grenze der unmittelbaren Entwicklungsdimension	42
§ 5	MITTELBARE ENTWICKLUNGSDIMENSION: DER BARGAIN DES INVESTITIONSSCHUTZES	44
I.	Rechtspolitische Erwägungen des Investitionsschutzes	44
II.	Inhaltliche Überprüfung des Bargains	45
1.	Vertragsfreiheit	45
2.	Grenze der Vertragsfreiheit	46
a)	Keine Verhandlungsgegenseitigkeit	46
b)	Ungleiche Verhandlungsmacht	48

c)	Unkenntnis der Reichweite der Verpflichtungen	49
III.	Investitionsschutz als Katalysator der Entwicklung	50
1.	Einleitung	50
2.	Investitionsfördernde Wirkung des Investitionsschutzes	51
a)	Vorgehensweise	51
b)	Theoretisch	52
aa)	Argumente für die investitionsfördernde Wirkung von BITs	52
bb)	Argumente gegen die investitionsfördernde Wirkung von BITs	53
c)	Empirisch	55
aa)	Keinen Einfluss der BITs auf dem FDI Zufluss	55
bb)	Positiver Einfluss der BITs auf dem FDI Zufluss	56
d)	Bewertung der Ergebnisse	56
aa)	Unterschiedliche Berechnungsmethode	56
bb)	Problem der Fehlspezifikation und der Endogenität	57
cc)	Die bestimmenden Faktoren einer Investition	59
e)	Zusammenfassung	59
3.	Entwicklungsfördernde Wirkung von Investitionen	60
a)	Vorgehensweise	60
b)	Einfluss von FDIIs auf die Entwicklung	61
aa)	Negative Effekte von FDIIs: Die Abhängigkeitstheorie	61
bb)	Positive Effekte von FDIIs: Klassischer Ansatz	62
c)	Folgen von FDIIs für den Gaststaat	63
aa)	Anbindung zum internationalen Markt	63
bb)	Folgen für die inländischen Kapazitäten	64
cc)	Endogenität der Beziehung Investition – Entwicklung	65
dd)	Volatilität von FDIIs	66
ee)	Technologischer Fortschritt und Nachhaltigkeit	66
ff)	Lebensbedingung und Reichtumsallokation	67
4.	Der Mittelweg	68
IV.	Preis des Investitionsschutzes	71
1.	Verlust an Staatssouveränität	71
a)	Materiell-rechtlicher Investitionsschutz	71
aa)	Voller Schutz und Sicherheit	72
bb)	Meistbegünstigungsklausel	72
cc)	Gerechte und billige Behandlung	73
dd)	Inländergleichbehandlung	74
ee)	Schutz vor direkter und indirekter Enteignung	75
b)	Negative Auswirkung des Investitionsschutzsystems auf Belange des Allgemeinwohles	79
aa)	Umwelt	79
bb)	Wirtschaftskrisen	81

2.	Legitimitätskrise des ICSID: Ungeeignetheit des institutionellen Rahmens	84
a)	Ungeeignetes Verfahren	84
aa)	Widersprüchlichkeit der Entscheidungen	84
bb)	Keine Möglichkeit der Überprüfung	86
cc)	Keine spezifische Kompetenz der ICSID Schiedsrichter	87
dd)	Vertraulichkeit des Verfahrens	87
ee)	Probleme hinsichtlich der Wahl der Schiedsrichter	88
b)	Unausgewogenes Verfahren	88
aa)	Erweiterung der Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte	89
(1)	auf vertragliche Ansprüche durch die Umbrella Klausel	89
(2)	durch die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel auf Verfahrensebene	91
bb)	Missbrauchs des ICSID Schutzes durch Treaty Shopping	92
cc)	Abwälzung des wirtschaftlichen Risikos des Investors auf den Staat	92
c)	Fazit	94
V.	Wechselwirkung Investitionsschutz, Staatssouveränität und Entwicklung	95
1.	Rechtsstaatliche Institutionen	95
2.	Performance Requirement Klauseln als staatliche Lenkungsmöglichkeit	97
VI.	Ausgewogenheit des Investitionsschutzes als Bedingung der Entwicklung	99
TEIL III		102
ENTWICKLUNG ALS BEDINGUNG DES INVESTITIONSSCHUTZES		102
§ 6	NOTWENDIGKEIT VON LENKUNGSMAßNAHMEN ZUR REALISIERUNG DER ENTWICKLUNGSDIMENSION DES INVESTITIONSSCHUTZES	103
§ 7	ENTWICKLUNGSORIENTIERTE AUSLEGUNG EINER INVESTITION I.S.D. ART. 25 ICSID	106
I.	Prüfung der ICSID Zuständigkeit	106
1.	Zuständigkeitsvoraussetzungen der ICSID Schiedsgerichte	Fehler! Textmarke nicht definiert.
a)	Einleitung	106
b)	Zuständigkeit ratione materiae	107
aa)	Legal Dispute	107
bb)	Investitionsbegriff	107
c)	Kompetenz ratione personae	108
d)	Einwilligung	109
2.	Prüfung von Amts wegen	110

3.	Keine Bindungswirkung früherer Entscheidungen	111
II.	Investition als objektive Zuständigkeitsvoraussetzung der ICSID Schiedsgerichte	111
1.	Einleitung	111
2.	Subjektive Ansichten	112
a)	Streng subjektive Ansicht	112
b)	Mittelbar subjektive Ansicht: Investitionsschutzrechtbezogene Definition	112
3.	Objektive Ansicht	114
a)	Grundsatz	114
b)	Abweichungen	115
4.	Bewertung der unterschiedlichen Ansichten	117
a)	Rechtssicherheit	117
b)	Telos der BITs	119
c)	Parteiwille	119
d)	Rechtspolitische Erwägungen	122
e)	Entstehungsgeschichte	123
f)	Wortlaut der Konvention und der Rules of Arbitration	126
g)	Telos der ICSID Konvention	127
5.	Zusammenfassung	129
III.	Definition einer Investition i.S.d. Art. 25 (1) ICSID	131
1.	Investitionsdefinitionen außerhalb der ICSID Konvention	131
a)	Definitionen in den Travaux Préparatoires der Washingtoner Konvention	131
b)	Ökonomische Definitionen	132
c)	Definitionen in Investitionsrechte	132
d)	Definitionen in Unterscheidung zu Handelsmaßnahmen	135
2.	Konventionsimmanente Definition einer Investition: Die <i>Salini</i> -Kriterien	136
a)	Typologisch-beschreibender Ansatz	136
b)	Synthetische Definition	136
aa)	Investitionen setzen eine Beteiligung in der lokalen Wirtschaft voraus, die zu einem Gewinn führt	138
bb)	Investitionsprojekte besitzen eine gewisse Dauer	139
cc)	Investitionen sind für beide Seiten risikoträchtig	140
dd)	Investitionen müssen beachtlich sein	142
ee)	Investitionen müssen einen Beitrag zur Entwicklung des Landes leisten	142
3.	Beitrag zur Entwicklung als entscheidendes Merkmal einer Investition	143
a)	Das umstrittene fünfte Salini-Kriterium	143
b)	Kritik an dem Kriterium eines Entwicklungsbeitrages	144
c)	Argumente für das Kriterium eines Entwicklungsbeitrages	146
aa)	Historische und systematische Argumente	146
cc)	Telos der ICSID Konvention	147
dd)	Praktische Durchführbarkeit	149

(1) Quantifizierbarkeit eines Entwicklungsbeitrages	149
(2) Unvorhersehbarkeit	150
(3) Konkret-individuelle Bestimmung eines Entwicklungsbeitrages	150
(4) Formal juristische Herangehensweise	150
(5) Weitere Salini-Kriterien als Indikatoren eines Entwicklungsbeitrages	151
d) Beitrag zur Entwicklung als alleiniges Merkmal einer Investition	151
e) Umsetzung der Komponente Entwicklungsbeitrag im Rahmen des Art. 25 (1) ICSID	153
aa) Umsetzung in der bisherigen Praxis der ICSID Schiedsgerichte	153
(1) Objektive oder subjektive Betrachtung	153
(2) Bestimmtheit des Beitrages	154
bb) Methoden zur Quantifizierung von Entwicklungsbeiträgen	155
(1) MIGA	156
(2) Nationale Exportversicherungen	157
(3) WTO - UN	157
(4) ACP Sustainability Impact Assessment	158
(5) Privater Sektor	159
(6) Fazit	159
cc) Sicherstellung von Entwicklungsbeiträgen durch internationale Gerichte	160
dd) Von wirtschaftlichen zu nachhaltigen Entwicklungsbeiträgen	161
IV. Zusammenfassung	163
 SCHLUSSWORT	 165

Literaturverzeichnis

- Achleitner, Ann-Kristin/ Bassen, Alexander/ Roder, Barbara* An integrative Framework for Reporting in Social Entrepreneurship, 2009.
Fundstelle:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1325700 (Stand: 02.01.10).
- Agostin, Manual/ Mayer, Ricardo* Foreign Investment in Developing countries: Does it Crowd in Domestic Investment? UNCTAD Paper Nr. 146 (2000).
Fundstelle: http://www.unctad.org/en/docs/dp_146.en.pdf (Stand: 02.01.10).
- Aisbett, Emma* Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: Correlation Versus Causation, in: Sachs Lisa/Sauvant Karl (Hrsg.), The Impact of Bilateral Investment Treaties and Double Taxation Treaties on FDI flows, Oxford 2009, Chapter 15.
- Alvarez, Jose* The Development and Expansion of Bilateral Investment Treaties, 86 ASIL Proceedings 1992, S. 550 – 556.
- Alvarez, Jose/ Khamsi, Kathryn* The Argentine Crisis and Foreign Investors - A Glimpse into the Heart of the Investment Regime, The Yearbook on International Investment Law and Policy 2008/2009, S. 379 – 478.
Fundstelle:
<http://www.iilj.org/courses/documents/2008Colloquium.Session9.Alvarez.pdf> (Stand: 02.01.10).
- Amerasinghe, Chittharanjan* The Jurisdiction of the International Centre for the Settlement of Investment Disputes, 19 Indian Journal of International Law (1979), S. 166 – 227.
- Amerasinghe, Chittharanjan* Jurisdiction of International Tribunals, The Hague 2003.
- Andreeva, Yulia:* The Tribunal in *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia* Adopts a Restrictive Interpretation of the Term “Investment”, 25(4) Journal of International Arbitration 2008, S. 503-506.
- Avafia, Tenu* Does WTO Dispute Settlement Understanding promote sustainable development? in: Gehring Markus/Cordonier Segger Marie-Claire (Hrsg.), Sustainable Development in World Trade Law, The Hague 2005, S. 259-271.

- Ben Hamida, Walid* La prise en compte de l'intérêt général et des impératifs de développement dans le droit des investissements, UNCTAD Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making 2007.
- Fundstelle:
http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/c2em21p11_fr.pdf (Stand: 02.01.10).
- Ben Hamida, Walid* Two Nebulous ICSID Features: The Notion of Investment and the Scope of Annulment Control *Ad Hoc Committee's Decision in Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo*, 24 (3) Journal of International Arbitration 2007, S. 287-306.
- Behrmann, Jere/ Birdsall, Nancy/ Szekely, Miguel* Economic Policy and Wage Differentials in Latin America, PIER Working Paper No. 01-048, Center for Global Development Working Paper No. 29 (2003).
- Fundstelle: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=294517 (Stand: 02.01.10).
- Belling, Jan Frederik* Die Jurisdiktion *rationae materiae* der ICSID Schiedsgerichte, Berlin 2008.
- Bernhardt, Rudolph* Encyclopedia of Public International Law, Vol. I, Amsterdam 1992.
- Beveridge, Fiona* Globalization and International Investment, Ashgate 2005.
- Bishop, Doak/ Crawford, James/ Reisman, Michael* Foreign Investment Disputes, The Hague 2005.
- Bjorklund, Andrea* National Treatment, in: Reinisch August (Hrsg.), Standards of Investment Protection, Oxford 2008, S. 29-58.
- Bliesener, D. H.* La compétence du CIRDI dans la pratique arbitrale, Revue de Droit international et de Droit comparé 65 (1991), S. 95-134.
- Blomström, Magnus/ Kokko, Ari* The Economics of Foreign Direct Investment Incentives, Working Paper 168 (2003).
- Fundstelle: <http://www2.hhs.se/eijswp/168.pdf> (Stand: 02.01.10).

- Broches, Aron* Selected Essays: World Bank, ICSID, and Other Subjects of Public and Private International Law, 1995.
- Brower, Charles* Investor-State Disputes under NAFTA: The Empires Strikes Back, 40 Colum. J. Transnat'l L. (2001-2002).
- Brower, Charles* A Crisis of Legitimacy, Nat'l L. J., Oct. 7 2002.
- Fundstelle:
<http://www.lancs.ac.uk/fass/law/intlaw/ibuslaw/docs/brower2002.pdf>
 (Stand: 02.01.10).
- Brownlie, Ian* Principles of Public International Law, 3rd. Ed., Oxford 2003.
- Buergenthal, Thomas* The Proliferation of Disputes, Dispute Settlement Procedures and Respect for the Rule of Law, 22 Arbitration International (2006), S. 495-469.
- Burke-White, Williams* The Argentine Financial Crisis: State Liability under Bits and the Legitimacy of the ICSID System, Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy (2008), Vol. 3, No. 1, S. 199-234.
- Fundstelle:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1140628 (Stand: 02.01.10).
- Bütthe, Tim/ Milner, Helen* Bilateral Investment Treaties and Foreign Direct Investment: A Political Analysis in: Sachs Lisa/Sauvant Karl (Hrsg.), The Impact of Bilateral Investment Treaties and Double Taxation Treaties on FDI flows, Oxford 2009, Chapter 6.
- Cabrera, Diaz Fernando:* ALBA moves forward with plan to create regional investment arbitration alternative to ICSID at 7th Summit, ITN of November 3, 2009.
- Cabrera, Diaz Fernando:* Quiborax claim against Bolivia continues; may provide first decision on effects of ICSID exit, ITN of November 3, 2009.
- Carkovic, Maria / Levine, Ross,* Does Foreign Direct Investment Accelerate Economic Growth? University of Minnesota Department of Finance Working Paper (2002).
- Fundstelle: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=314924
 (Stand: 02.01.10).
- Carrasco, Enrique/ Thomas, Randolph* Encouraging Relational Investment and Controlling Portfolio Investment in Developing Countries in the aftermath of the Mexican Financial Crisis, 34 Columbia Journal of Transnational Law 531 (1996), S. 539-620.

- Ceyssens, Jan/
Sekler Nicola* Bilaterale Investitionsabkommen (BITs) der Bundesrepublik: Auswirkungen auf wirtschaftliche, soziale und ökologische Regulierung in Zielländern und Modelle zur Verankerung der Verantwortung transnationaler Konzerne, Potstam 2006.
- Fundstelle:
<http://opus.kobv.de/ubp/volltexte/2005/612/pdf/BITSSStudie.pdf> (Stand: 02.01.10).
- Christie, G. C.,* What constitutes a Taking of Property under International Law, 38 British Yearbook of International Law (1962), S. 307-338.
- Cobham, Alex,* Capital Account: Liberalization and Poverty, Global Social Policy, Vol. 2, No. 2, (2002), S. 163-188.
- Fundstelle:
<http://www.brettonwoodsproject.org/topic/financial/f22gowithflowspt2.pdf> (Stand: 02.01.10).
- Congyan C.,* Change of the Structure of International Investment and the Development of Developing Countries' BIT Practice – Toward A Third Way of BIT Practice, 8 The Journal of World Investment and Trade (2007), S. 829-847.
- Cordero Moss,
Giuditta* Full Protection and Security, in: Reinisch A. (Hsg.), Standards of Investment Protection, Oxford 2008, S. 131-150.
- Cordonier Segger, Marie-Claire,* Integrating social and economic development and environmental Protection in World trade Law, in: Gehring Markus/Cordonier Segger Marie-Claire (Hrsg.), Sustainable Development in World Trade Law, The Hague 2005, S. 133-185.
- Cosbey, Aaron* International Investment Agreements and Sustainable Development: Achieving the Millennium Development Goals, Winnipeg 2005.
- Fundstelle: http://www.iisd.org/pdf/2005/investment_iias.pdf (Stand: 02.01.10).
- D'Alessio, Ignacio* ICSID Jurisdictional Issues: Problems, Solutions and Recommendations for a Better Understanding in International Commercial Relations, 2008.
- Fundstelle: <http://ssrn.com/abstract=1153988> (Stand: 02.01.10).

- Daigremont, Claire* L'extension jurisprudentielle de la compétence des tribunaux arbitraux du CIRDI, in: Kahn Phillippe/Wälde Thomas (Hrsg.), Les aspects nouveaux du Droit des Investissements internationaux, Leiden 2007, S.453-516.
- Daniels, Ronald* Defecting on Development: Bilateral Investment Treaties and the Subversion of the Rule of Law in the Developing World, 2004.

Fundstelle: <http://www.unisi.it/lawandeconomics/stile2004/daniels.pdf> (Stand: 02.01.10).
- Delaume, Georges René* Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other Staates, 1 Intl. Lawyer (1966), S. 64 – 80.
- Delaume, Georges René* le Centre International pour le reglement des Différents relatifs aux investissements, Journal de Droit International (1982), S. 775ff.
- Delaume, Georges René* Le CIRDI et immunité des Etats, Revue de l'Arbitrage (1983), S. 143-161.
- Delaume, Georges René* ICSID and the Transnational Financial Community, 1-2 ICSID Rev. FILJ (1986-1987), Vol. 1, S. 237- 256.
- Devashish Krishan* A Notion of ICSID Investment, in: Weiler Todd (Hrsg.): Investment Treaty Arbitration: A Debate and Discussion, New York 2008.

Fundstelle: <http://www.fdimoot.org/iip/Reading1B.pdf> (Stand: 02.01.10).
- Dickinson, Laura* Toward a “New” New Haven School of International Law? 32 Yale J. INT’L L. (2007), S. 547 – 552.
- Dolzer, Rudolpf/ Stevens, Margate* Bilateral Investment Treaties, Oxford 1995.
- Dolzer, Rudolf/ Bloch, Felix* Indirect Expropriation: Conceptual Realignments?, 5 Int’l L. Forum du Droit Int’l (2003) S. 155-163.

Fundstelle: <http://www.ila-hq.org/en/publications/forum-du-droit.cfm> (Stand: 02.01.10).
- Dolzer, Rudolf* The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law, 37 N.Y.U.J.Int’l L&Pol. (2005), S. 953-972.

- Dolzer, Rudolf/
Schreuer, Chris-
toph,* Principles of International Investment Law, Oxford 2008.
- Egger, Peter/
Paffermayer,
Michael* The Impact of Bilateral Investment Treaties on Foreign Direct Investment, *Journal of Comparative Economics* 32 (2004), 788-802.
- Egger, Peter* Die Rolle von bilateralen Investitionsschutzabkommen für Österreichs, *Wirtschaftspolitische Blätter* 1/2005, S. 169 – 175.
- Fundstelle:
http://www.wko.at/wp/extra/wipolb/2005/t_2005_1_Egger.pdf (Stand: 02.01.10).
- Elfer, Michael* Internationale Investitionsverträge – Bestandsaufnahme und Reformansätze, Hamburg 2005.
- Fundstelle: <http://www.sub.uni-hamburg.de/opus/volltexte/2005/2476/> (Stand: 02.01.10).
- Elkins, Zachary/
Guzman, Andrew
/ Siommons Beth* Competing for Capital: The Diffusion of Bilateral Investment Treaties, 1960-2000, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 578961 (2004).
- Fundstelle:
http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=5789601 (Stand: 02.01.10).
- Endicott, Martin* The Definition of Investment in ICSID Arbitration: Development lessons for the WTO? in: Gehring Markus/Cordonier Segger Marie-Claire (Hrsg.), *Sustainable Development in World Trade Law*, The Hague 2005, S. 379-410.
- Endicott, Martin* Remedies in Investor-State Arbitration: Restitution, Specific Performance and Declaratory Award, in: Kahn Phillipe/Wälde Thomas (Hrsg.), *Les aspects nouveaux du Droit des Investissements internationaux*, Leiden 2007, S. 517-552.
- Fadlallah, Ibra-
him* La notion d'investissement: vers une restriction à la compétence du CIRDI? in: Aksen G./Böckstiegel H./Mustill M./Patocchi P./Whitesell A.M. (Hrsg.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, Paris 2005.

- Fatouros, Arghyrios* International Investment Agreements and Development – Problems and prospects at the turn of the century, in: Hafner Gerhard et als (Hrsg.), *Liber Amicorum* Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, The Hague 1998, S. 115-132.
- Frank Susan D.,* The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through inconsistent Decisions, 73 Fordham L. Rev. (2004-2005), S. 1521-1625.
- Franck Susan D.,* Occidental Exploration & Production Co. v. Republic of Ecuador, Final Award, London Court of International Arbitration, Administered Case No. UN 3467, 99 The American Journal of International Law (2005), S. 675-681.

Fundstelle: <http://www.jstor.org/stable/1602299?seq=1> (Stand: 02.01.10).
- Franck Susan D.,* Foreign direct investment, international treaty arbitration, and the rule of law, 19 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. (2007), S. 337-373.

Fundstelle: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=882443 (Stand: 02.01.10).
- Franck Susan D.,* Empiricism and International Law: Insights for Investment Treaty Dispute Resolution, Virginia Journal of International Law, Vol. 48 (2008), S. 768–815.

Fundstelle: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1127052# (Stand: 02.01.10).
- Gabler Verlag (Hsg.)* Gabler Wirtschaftslexikon

Fundstelle: <http://wirtschaftslexikon.gabler.de/Archiv/54448/portfolio-investition-v2.html> (Stand: 02.01.10).
- Gaillard, Emmanuel* Le Jurisprudence du CIRDI, Pedone 2004.
- Gaillard, Emmanuel* Chroniques des sentences arbitrales du CIRDI, JDI N°1, Clunet 2009, S. 333 – 416.
- Gaillard, Emmanuel* Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of Investment in ICSID Practice, in: Binder, Christina/Kreibaum, Ursula/Reinisch, August/Wittich Stephan (Hrsg.), International Investment Law for the 21st Century – Essay in Honour of Christoph Schreuer, Oxford 2009, S. 403-416.

- Gallagher, Kevin / Birch, Melissa* Do Investment Agreements Attract Investment? – Evidence from Latin America, 7 The Journal of World Investment and Trade (2006), S. 961-974.
- Gallagher, Kevin* Do bilateral investment treaties lead to more foreign investment? Investment Treaty News, May 2009.
- Ganguly, Samrat* The Investor-State Dispute Mechanism (ISDM) and a Sovereign's Power to Protect Public Health, 38 Colum. J. Transnat'l L. (1999), S. 113 – 168.
- Gantz, David* Potential Conflicts Between Investor Rights and Environmental Regulation Under NAFTA's Chapter 11, 33 Geo. Wash. Int'l L. Rev. (2001), S. 651-752.
- Gehring, Markus* Nachhaltigkeit durch Verfahren, Berlin 2007.
- Geiger, Rainer* The Unilateral Change of Economic Developments Agreements, 23 Int'l & Comp. L.Q. (1974), S. 73-104.
- Ginsburg, Tom* Institutions: Bilateral Investment Treaties and Governance, 25 International Review of Law and Economics (2005), S. 107-139.

Fundstelle: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=916351 (Stand: 02.01.10).
- Golsong, Herbert* A Guide to Procedural Issues in International Arbitration, 18 Intl Lawyer (1984), S. 633-645.
- Görs, Benjamin* Internationales Investitionsrecht, Frankfurt am Main 2005.
- Griebel, Kim* Zwischen Aufbruch, Stillstand und Rückschritt - Überlegungen zur Zukunft des internationalen Investitionsrechts, SchiedsVZ 2007, S. 186-195.
- Griebel, Jörn* Internationales Investitionsrecht, München 2008.
- Grisel, Florian* Arbitrage d'Investissement et Promotion du Développement Économique: une étude de cas, OECD Global Forum on International Investment, March 2008.

Fundstelle: <http://www.oecd.org/dataoecd/45/49/40311273.pdf> (Stand: 02.01.10).

- Guzman, Andrew* Explaining The Popularity of Bilateral Investment Treaties: Why LDCs Sign Treaties That Hurt Them, *Virginia Journal of International Law*, 38 (1997), S. 639-688.
- Fundstelle:
http://works.bepress.com/cgi/viewcontent.cgi?article=1014&context=andrew_guzman (Stand: 02.01.10).
- Halle, Mark/ Peterson, Luke* Investment provisions in free trade agreements and investment treaties: opportunities and threats for developing countries, UNDP 2005.
- Fundstelle: <http://www.undprcc.lk/Publications/Publications/BIT-completed.pdf> (Stand: 02.01.10).
- Hallward-Driemeier, Mary* Do Bilateral Investment Treaties Attract FDI? Only a bit and they could bite" World Bank Policy Research Working Paper No. 3121 (2003).
- Fundstelle: <http://go.worldbank.org/W6JO0DLE40> (Stand: 02.01.10).
- Heiskanen, Veijo* Arbitrary and Unreasonable Measures, in: Reinisch August (Hrsg.), *Standards of Investment Protection*, Oxford 2008, S. 87-110.
- Higgins, Rosalyn* The Taking of Property by the State: Recent Developments, *Académie de Droit International – Recueils des Cours* 176 (1982), S. 263 –391.
- Hoffmann, Anne K.* Indirect Expropriation, in: Reinisch August (Hrsg.), *Standards of Investment Protection*, Oxford 2008, S. 151-170.
- Horchani, Ferhat* Le droit international des investissements à l'heure de la mondialisation, *Journal de Droit International, Clunet* (2004), S. 367-417.
- Hunter, Martin/ Barbuk, Alexei* Reflection on the Definition of an Investment, in: Aksen G./Böckstiegel H./Mustill M./Patocchi P./Whitesell A.M. (Hrsg.), *Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, Paris 2005, S. 381-399.
- Hyde, James* Economic development Agreements, *Academie de Droit International de la Haye, Recueil des Cours*, vol. 105 (1962), S.271-370.
- INVEST-SD*, South Afrika's Black Economic Empowerment Plans an Obstacle to a US FTA? *Investment Law and Policy News Bulletin* July 8, 2003.
- Fundstelle:
http://www.iisd.org/pdf/2003/investment_investsd_july8_2003.pdf (Stand: 02.01.10).

- Jessen, Henning* Trade and Development Law, in: Gehring Markus/Cordonier Segger Marie-Claire (Hrsg.), Sustainable Development in World Trade Law, The Hague 2005, S. 77-101.
- Jeżewski, Marek* There is no Freedom without Solidarity: Towards a New Definition of Investment in International Economic Law, Online Proceedings Working Paper No. 51/08, Society of International Economic Law Inaugural Conference, Geneva, July 15-17, 2008.
- Fundstelle: <http://www.ssrn.com/link/SIEL-Inaugural-Conference.html> (Stand: 02.01.10).
- Jiogue, Bertrand* Le régime juridique des investissements directs étrangers au Cameroun face à l'impératif du développement, Lausanne 2007.
- Johannsen, Sven* Der Investitionsbegriff nach Art. 25 Abs. 1 der ICSID Konvention, in: Tietje Christian/Kraft Gerhard (Hrsg.): Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 87, Halle 2009, S. 5-35.
- Juillard, Patrick* Investissements privés, Annuaire Francais de Droit International (1984), S. 773-792.
- Juillard, Patrick* Investissements - Chronique de Droit International Economique, Annuaire Francais de Droit International (1986), S.626-645.
- Kahn, Philippe* Les Investissements Internationaux, Nouvelles Donnes : Vers un Droit Transnational de l'Investissement, in: Kahn Phillipe/Wälde Thomas (Hrsg.), Les aspects nouveaux du Droit des Investissements internationaux, Leiden 2007, S. 3-120.
- Karl, Joachim* Development Dimension, UNCTAD Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making, June 2007.
- Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/c2em21p09_en.pdf (Stand: 02.01.10).
- Kentin, Esther* Sustainable Development in International Investment Dispute Settlement: The ICSID and NAFTA Experience, in: Schrijver Nico (Hrsg.), International Law and Sustainable Development: Principle and Practice, Leiden 2004, S. 309-338.
- Kentin, Esther* Economic Crisis and Investment Arbitration: The Argentine Cases, in: Kahn Phillipe/Wälde Thomas (Hrsg.), Les aspects nouveaux du Droit des Investissements internationaux, Leiden 2007, S. 629-667.

- Kirkpatrick, Colin/ Lee, Norman /Morrissey, Oliver* WTO NEW ROUND: Sustainability Impact Assessment Study, Phase One Report, 1999.
Fundstelle:
http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/february/tradoc_111190.pdf
(Stand: 02.01.10).
- Kirkpatrick, Colin/ Lee, Norman /Morrissey, Oliver* WTO NEW ROUND: Sustainability Impact Assessment Study, Phase Two Report, 1999.
Fundstelle:
http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/february/tradoc_111192.pdf
(Stand: 02.01.10).
- Kovar, Robert* La compétence du Centre International pour le Reglement des Differents relatifs aux Investissements, in Investissements Etrangers et Arbitrage entre Etats et Personnes Privées, La Convention B.I.R.D. du 18 Mars 1965, Paris 1965.
- Kreindler, Richard* The Law Applicable to International Investment Disputes, in: Horn Norbert (Hsg.), Arbitrating Foreign Investment Disputes, The Hague 2004, S. 401-424.
- Lamm, Carolyn* Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes, 5-6 ICSID Rev. FILJ 1990-1991, Vol. 2, S. 462 – 483.
- Leben, Charles* Le contentieux arbitral transnational relatif à l'investissement, Paris 2006.
- Legum, Barton* Defining Investment and Investor: Who is Entitled to Claim? 22(4) Arbitration International (2006), S. 521-526.
- Lemaire, Axelle* Le Nouveau Visage de l'Arbitrage entre Etat et Investisseur Etranger: le Chapitre 11 de l'ALENA, 43 Revue de l'Arbitrage (2001), S. 43-91.
- Liberti, Laura* Investissements et droits de l'homme, in: Kahn Phillippe/Wälde Thomas (Hrsg.), Les aspects nouveaux du Droit des Investissements internationaux, Leiden 2007, S. 791-852.
- Lim, Ewe-Ghee* Determinants of, and the relation Between Foreign Direct investment and Growth: A summary of the recent Literature, IMF Working Papers 01/175 (2001), S.1-27.
- Lionnet, Klaus/ Lionnet, Annette* Handbuch der internationalen und nationalen Schiedsgerichtsbarkeit, 3. Aufl., Stuttgart 2005.

- Lowe, Vaughan* Does WTO Dispute Settlement Understanding promote sustainable development? in: Gehring/Cordonier Segger (Hsg.), Sustainable Development in World Trade Law, The Hague 2005, S. 257.
- Lowenfeld, Andreas* International Economic Law, 2 Aufl., Oxford 2002.
- Mahnaz, Malik* Germany's Bilateral Investment Treaty Programme and Development Policy, IISD Occasional Papers N° 27 (2006).
- Manciaux, Sebastien* Investissement étrangers et arbitrage entre États et ressortissants d'autres États, Travaux du Credimi, Vol. 24, Paris 2004.
- Manciaux, Sebastien* The Notion of Investment: New Controversies, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 9 No. 6 (2008), S. 1-24.
- Marjosola, Heikki,* Public/Private Conflict in Investment Treaty Arbitration– a Study on Umbrella Clauses, Helsinki Law Review 2009, S.103–134.
- Mwaungulu, Lusungu G.,* Development Implications of International Investment Rule Making, UNCTAD Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making, June 2007.
- Fundstelle:
http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/c2em21p06_en.pdf (Stand: 02.01.10).
- Mann, Howard/ von Moltke, Konrad/ Cosbey, Aaron/ Peterson Luke* IISD Model International Agreement on Investment for Sustainable Development - Negotiators' Handbook, Winnipeg 2005.
- Fundstelle: <http://www.iisd.org/publications/pub.aspx?pno=686> (Stand: 02.01.10).
- Missong, Martin* Einführung in die Ökonometrie: Statistische Analyse im Modell der Mehrfachregression.
- Fundstelle: http://www.wiwi.uni-bremen.de/empwifo/lehre/downloads/einfoeko_kap9_5.pdf (Stand: 02.01.10).

- Muchlinski, Peter,* Statement, UNCTAD Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making, June 2007.
- Fundstelle:
http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/c2em21p04_en.pdf (Stand: 02.01.10).
- Muchlinski, Peter* Policy Issues, in: Muchlinski Peter, Ortino Federico, Schreuer Christoph (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford 2008, S.3-48.
- Neumayer, Eric/ Spess, Laura* Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries? World Development, Elsevier, vol. 33 (2005), S. 1567-1585.
- Fundstelle: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=616242 (Stand: 02.01.10).
- Neumayer, Eric* Do bilateral investment treaties lead to more foreign investment? Investment Treaty News, May 2009, S. 7.
- Newcombe, Andrew* Sustainable Development and Investment Treaty Law, 8 JWIT (2007), S. 357 – 407.
- Newcombe, Andrew* The boundaries of MFN treatment: The Renta Tribunal adds its melody to the cacophony, Kluwer Arbitration Blog of May 19, 2009.
- Fundstelle: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/05/19/the-boundaries-of-mfn-treatment/#more-759> (Stand: 02.01.10).
- Newcombe, Andrew,* Another misapplication of MFN? Tza Yap Shum v. The Republic of Peru, Kluwer Arbitration Blog of Oct. 21, 2009.
- Fundstelle: <http://kluwerarbitrationblog.com/blog/2009/10/21/another-misapplication-of-mfn-tza-yap-shum-v-the-republic-of-peru/#more-1173> (Stand: 02.01.10).
- Newcombe, Andrew/ Paradell, Lluís* Law and Practice of Investment Treaties. Standards of Treatment, The Hague 2009.
- Newfarmer, Richard* Beyond Merchandise Trade: Services, Investment, Intellectual Property, and Labor Mobility, in: Global Economic Prospects: Trade, Regionalism, and Development, Washington D. C. 2005, S. 97 – 124.
- Fundstelle:
<http://siteresources.worldbank.org/INTGEP2005/Resources/gep2005.pdf> (Stand: 02.01.10).

- Norton, Joseph* An environmental Approach to FDI and Effective Dispute Resolution: The Exhortations of the Monterrey Consensus, in: Horn Norbert (Hrsg.), Arbitrating Foreign Investment Disputes, The Hague 2004, S. 89 – 109.
- Nouvel, Yves* Les mesures équivalant à une expropriation dans la pratique récente des tribunaux arbitraux, 106 Revue Général de Droit International Public 2002, S. 79-102.
- Nouvel, Yves* L'indemnisation d'une expropriation indirecte, 5 International Law FORUM du droit international (2003), S. 198–204.
- Nunnenkamp, Peter* Determinants of FDI in Developing Countries: Has Globalization Changed the Rules of the Game? Kiel Working Paper 1122 (2002).

Fundstelle: <http://www.ifw-members.ifw-kiel.de/publications/determinants-of-fdi-in-developing-countries-has-globalization-changed-the-rules-of-the-game> (Stand: 02.01.10).
- Oneal, John/
Oneal, Frances* Hegemony, Imperialism and the Profitability of Foreign Investment, 42 Int Org. (1988), S.347-373.
- OPIC,* Development Update: Expanding the Overseas Private Investment Corporation's Development Impact Assessment, Washington D. C. June 2003.
- Orellana, Marcos* Science, Risk and Uncertainty: Public Health Measures and Investment Disputes, in: Kahn Phillipe/Wälde Thomas (Hrsg.), Les aspects nouveaux du Droit des Investissements internationaux, Leiden 2007, S. 671-790.
- Ortino, Frederico* The Social Dimension of International Investment Agreements: Drafting a New BIT/MIT Model? International Law Forum du Droit International 7 (2005), S. 243–250.

Fundstelle: <http://www.ila-hq.org/en/publications/forum-du-droit.cfm> (Stand: 02.01.10).
- Parra, Antonio* Provisions on the Settlement of Investment Disputes in Modern Investment Laws, Bilateral Investment Treaties and Multilateral Instruments on Investment, 12 ICSID Rev.-Foreign Investment L.J (1997), S. 287-311.

- Parra, Antonio* Settlement of investment disputes: the experience of ICSID in transition countries and elsewhere, ERBD - Law in transition: Contract enforcement, (2001), S.38-41.
- Fundstelle: <http://www.ebrd.com/pubs/legal/lit012.htm> (Stand: 02.01.10).
- Patzina, Reinhart* Rechtlicher Schutz ausländischer Privatinvestoren gegen Enteignungsrisiko in den Entwicklungsländern, Hamburg 1981.
- Paulsson, Jan* The ICSID *Klöckner v. Cameroon* Award: The Duties of Partners in North-South Economic Development Agreements, 1 J. Int'l Arb. 145 (1984), S. 145-168.
- Paulsson, Jan* Arbitration Without Privity, 10 ICSID Rev. FILJ (1995), S. 232 – 257.
- Paulsson, Jan* Dispute Resolution, in: Pritchard Robert (Hrsg.), Economic Development, Foreign Investment and the Law, Issue of Private Sector Involvement, Foreign Investment and the Rule of Law in a New Era, London 1996, S. 209-246.
- Peterson, Luke* Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration und Sustainable Development, Winnipeg 2003.
- Fundstelle: http://www.iisd.org/pdf/2003/trade_bits_disputes.pdf (Stand: 02.01.10).
- Peterson, Luke* Bilateral Investment Treaties and Development Policy-Making, Winnipeg 2004.
- Peterson, Luke* UK Bilateral Investment Treaty Programme and Sustainable Development: Implications of bilateral negotiations on investment regulation at a time when multilateral talks are faltering, The Royal Institute of International Affairs-Briefing Paper No. 10, February 2004, S. 1- 12.
- Peterson, Luke/
Beattie, Alan* Italian groups challenge Pretoria over BEE, The Financial Times, March 9, 2007.
- Fundstelle: http://www.ft.com/cms/s/0/c9c99b84-cde2-11db-839d000b5df10621.html?nclink_check=1 (Stand: 02.01.10).
- Peterson, Luke* Update: Malaysian Salvors Award is Annulled, IA Reporter of April 20, 2009.
- Fundstelle: <http://www.iareporter.com/Archive/IAR-04-20-09-special.pdf> (Stand: 02.01.10).

- Peterson, Luke* IA Reporter of October 14, 2009, Vol.2 No. 16.
Fundstelle: <http://www.iareporter.com/> (Stand: 02.01.10).
- Pirrung, Jörg* Die Schiedsgerichtsbarkeit nach dem Weltbankübereinkommen für Investitionsstreitigkeiten, Berlin 1972.
- Pogany, Stephen* Economic Development Agreements, 7 ICSID Rev. (1992), S.1-20.
- Poulain, Bruno* L'investissement International: définition ou définitions? in: Kahn Philippe/Wälde Thomas (Hrsg.), Les aspects nouveaux du Droit des Investissements internationaux, Leiden 2007, S. 123-150.
- Prasad, Eswar/
Rogoff, Kenneth/
Wie, Shang-Jin/
Kose, Ayhan,* Effects of Financial Globalization on Developing Countries: Some Empirical Evidence, IMF Occasional Paper 220, Washington D. C. 2003.
Fundstelle: <http://www.imf.org/external/np/res/docs/2003/031703.pdf> (Stand: 02.01.10).
- Preiswerk, Roy,* La réciprocité dans les négociations entre pays à systèmes sociaux ou à niveaux économiques différents, 94 Journal de Droit International 1967, S. 5-40.
- Pritchard, Richard* The Contemporary Challenges of Economic Development, in: Pritchard Richard (Hrsg.), Economic Development, Foreign Investment and the Law, Issue of Private Sector Involvement, Foreign Investment and the Rule of Law in a New Era, London 1996, S. 1-11.
- Protopsaltis, Panayotis* Les conditions d'éligibilité et de maintien des garanties de l'Agence Multilatérale de garantie des investissements, 53 Revue Hellénique de Droit International (2000), S. 135-168.
- Protopsaltis, Panayotis* Les principes directeurs de la Banque mondiale pour le traitement de l'investissement étrangers, in: Kahn Phillippe/Wälde Thomas (Hrsg.), Les aspects nouveaux du Droit des Investissements internationaux, Leiden 2007, S. 151-232.
- Ranjan, Prabhash* Definition of Investment in Bilateral Investment Treaties of South Asian Countries and Regulatory Discretion, 26 (2) Journal of International Arbitration 2009, S. 217-235.
- Redfern Allan,* Investor-State Dispute-A Bridge Too Far?, in: Aksen G./Böckstiegel H./Mustill M./Patocchi P./Whitesell A.M. (Hrsg.), Global Reflections on International Law, Commerce and Dispute Resolution *Liber Amicorum in Honour of Robert Briner*, Paris 2005, S. 665-675.

- Reed, Lucy/
Paulsson, Jan/
Blackaby, Niguel* A Guide to ICSID Arbitration, The Hague 2004.
- Reisman, Michael* Systems of Control in International Adjudication and Arbitration: Breakdown and Repair, Duke 1992.
- Ress, Georg* Allgemeine Rechtsgrundsätze, in: Seidl-Hohenveldern Ignaz (Hrsg.), Völkerrecht, 3. Aufl., Wien 2001, S. 322-327.
- Robinson, Patrick* Criteria to test the development friendliness of international investment agreements, Transnational Corporations, Vol. 7, No. 1, April 2008, S. 83–89.

Fundstelle: http://www.unctad.org/en/docs//iteiit9v7n1_en.pdf (Stand: 02.01.10).
- Rosendahl, Roger* Political, Economic and Cultural Obstacles to Effective Arbitration of Foreign Investment Disputes, in: Horn Norbert (Hrsg.), Arbitrating Foreign Investment Disputes, The Hague 2004, S. 33-49.
- Rubins, Noah* The Notion of Investment in International Investment Arbitration, in: Horn Norbert (Hrsg.), Arbitrating Foreign Investment Disputes, The Hague 2004, S. 283-324.
- Sachdeva, Amit* International Investment: A developing Country Perspective, 8 The Journal of World Investment and Trade (2007), S. 533-548.
- Sachs, Lisa/ Sauv-
vant, Karl* BITs, DTTs and FDI flows: an Overview, in: Sachs Lisa/Sauvant Karl (Hrsg.), The Impact of Bilateral Investment Treaties and Double Taxation Treaties on FDI flows, Oxford 2009.

Fundstelle: <http://vcc.columbia.edu/pubs/documents/Overview-SachsSauvant-Final.pdf> (Stand: 02.01.10).
- Sauvé, Pierre* Trade and Investment rules: Latin American perspectives, CEPAL-Serie Comercio Internacional N° 66 (2006).

Fundstelle:
http://www.redibero.org/contenido/Trade_and_investment_rules_Latin_American_Perspectives.pdf (Stand: 02.01.10).
- Salacuse, Jes-
wald* BIT by BIT: The Growth of Bilateral Investment Treaties and Their Impact on Foreign Investment in Developing Countries, 24 Int'l Law (1990), S. 655-675.

- Salacuse, Jeswald/ Sullivan, Nicholas* Do BITS Really Work? An Evaluation of Bilateral Investment Treaties and Their Grand Bargain, 46 Harv. Int'l L.J. (2005), S. 67-130.
- Scandiucci, Filho José,* The Brazilian Experience with Bilateral Investment Agreements: A Note, UNCTAD Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making, June 2007.
- Fundstelle:
http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/c2em21p15_en.pdf (Stand: 02.01.10).
- Schill, Stefan* Völkerrechtlicher Investitions- und Eigentumsschutz, RIW 2005, S.330-336.
- Schill, Stefan* Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law, IILJ Working Paper 2006/6 (Global Administrative Law Series).
- Fundstelle: <http://www.iilj.org/working%20papers/documents/2006-6-GAL-Schill-web.pdf> (Stand: 02.01.10).
- Schill, Stefan* International investment law and the host state's power to Handle Economic Crises 24 (3) Journal of International Arbitration (2007), S. 265 – 286.
- Schill, Stefan* Do Investment Treaties Chill Unilateral State Regulation to Mitigate Climate Change? 24 Journal of International Arbitration (2007), S. 469-478.
- Schill, Stefan* Auf zu Kalypso? Staatsnotstand und Internationales Investitionsschutzrecht – Anmerkung zur ICSID Entscheidung LG&E Energy Corp v. Argentina, 5 SchiedsVZ 2007, S. 178 – 186.
- Schill, Stefan* Most-Favored-Nation Clauses as a Basis of Jurisdiction in Investment Treaty Arbitration Arbitral Jurisprudence at a Crossroads, 10 World Investment & Trade (2009).
- Schlemmer, Engela* Investment, Investor, Nationality, and Shareholders, in: Muchlinski Peter/Ortino Frederico/Schreuer Christoph (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford 2008, S. 49-88.
- Schmidt, John T.* Arbitration under the Auspices of the International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Implications of the Decision on Jurisdiction in Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Government of Jamaica, 17 Harvard International Law Journal (1976), S. 90-112.

- Schokkaert, Jan* La pratique conventionnelle en matière de protection juridique des investissements internationaux, Bruxelles 2006.
- Scholten, Peter,* Social Return on Investment.
Fundstelle:
http://www.muenster.de/stadt/zuwanderung/pdf/2006_SROI_d.pdf
(Stand: 02.01.10).
- Schreuer, Christoph* The ICSID Convention: A Commentary, Cambridge 2001.
- Schreuer, Christoph* Fair and equitable treatment in Arbitral Practice, 6 J. World Inv. & Trade (2005), S. 357-386.
- Schrijver, Nico* Integrating social and economic development and environmental Protection in World trade Law, in: Gehring Markus/Cordonier Segger Marie-Claire (Hrsg.), Sustainable Development in World Trade Law, The Hague 2005, S. 129-132.
- Schwarzenberger, Georg* Foreign Investment and International Law, London 1969.
- Seidl-Hohenveldern, Ignaz* Einleitung, in: Seidl-Hohenveldern Ignaz (Hrsg.), Völkerrecht, 3. Aufl., Wien 2001, S. XXI-XXXII.
- Semler, Franz-Jörg* Schiedsverfahren im Rahmen von Investitionsschutzabkommen der Bundesrepublik Deutschland, SchiedsVZ 2003, S. 97-102.
- Shihata, Ibrahim* Towards a Greater Depoliticization of Investment Disputes: The Roles of ICSID and MIGA, 1 ICSID Rev. (1986), S.1-25.
- Shihata, Ibrahim* Multilateral Investment Guarantee Agency and Foreign Investment, Dordrecht 1988.
- Shihata, Ibrahim* The World Bank in a changing world: selected essays, Dordrecht 1991.
- Shihata, Ibrahim* Promotion of Foreign Direct Investment – A General Account, with Particular Reference to the Role of the World Bank Group, 6 ICSID Rev. FILJ (1991), S. 484 – 509.
- Shihata, Ibrahim* Legal Treatment of Foreign Investment, "The World Bank Guidelines", Dordrecht 1993.

- Shihata, Ibrahim* MIGA's Creation and Evolution, in: Berger Klaus/Bredow Jens/Briner Robert/Fortier Yves (Hrsg.), Law of International Business and Dispute Settlement in the 21st Century - *Liber Amicorum* Böckstiegel, Köln 2001, S. 741-752.
- Sohn Louis/ Baxter, Richard* Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens Cambridge, Mass, Harvard Law School, 1961, Harvard Law School, Research in International Law, "Responsibility of States," 23 Am. J. Int'l L. Spec. Supp. 131-239 (1929).
- Sornarajah, Muthucumaraswamy* The International Law on Foreign Investment, 2. Aufl., Cambridge 2004.
- Sornarajah, Muthucumaraswamy* A law for need or a law for greed? Restoring the lost law in the international law of foreign investment, 6 Int Environ Agreements 2006, S. 329-357.
- Stein Torsten/ von Buttlar Christian* Völkerrecht, 11. Aufl., Saarbrücken 2005.
- Stilwell, Matthew* Trade and Environment in the Context of Sustainable Development, in: Gehring Markus/Cordonier Segger Marie-Claire (Hrsg.), Sustainable Development in World Trade Law, The Hague 2005, S. 33-72.
- Swenson, Deborah* Why Do Developing Countries Sign BITs? 12 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y (2005), S. 131-155.
- Tietje, Christian/ Nowrot, Karsten/ Wackernagel, Clemens* Once and Forever? The Legal Effects of a Denunciation of ICSID, in: Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, 74/2008.
Fundstelle: <http://www2.jura.uni-halle.de/telc/publikationen.html> (Stand: 02.01.10).
- Tobin, Jennifer/ Ackerman, Rose* Foreign Direct Investment and the business Environment in Developing Countries: The Impact of Bilateral Investment Treaties, Research Paper No. 293, Yale Law Centre for Law, Economics and Public Policy 2005.
Fundstelle: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=557121 (Stand: 02.01.10).
- UNCTAD* World Investment Report 1992: Transnational Corporations as Engines of Growth, New York and Geneva 1992.

- UNCTAD* World Investment Report 1998: Trends and Determinants, New York and Geneva 1998.
- Fundstelle: http://www.unctad.org/en/docs/wir1998_en.pdf (Stand: 02.01.10).
- UNCTAD* Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s, New York and Geneva 1998.
- UNCTAD* Fair and Equitable Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva 1999.
- Fundstelle: <http://www.unctad.org/en/docs/psiteiitd11v3.en.pdf> (Stand: 02.01.10).
- UNCTAD* National Treatment, UNCTAD Series on issues in international investment agreements, New York and Geneva 1999.
- Fundstelle: <http://www.unctad.org/en/docs/psiteiitd11v4.en.pdf> (Stand: 02.01.10).
- UNCTAD* International Investment Agreements: Flexibility for Development, New York and Geneva 2000.
- UNCTAD* Host Country Operational Measures, New York and Geneva 2001.
- UNCTAD* Report of the Expert Meeting on Experiences with Bilateral and Regional Approaches to Multilateral Cooperation in the Area of Long-term Cross-border Investment, particularly Foreign Direct Investment, United Nations document TD/B/Com.2/EM.11/3, Geneva 2002.
- Fundstelle: http://www.unctad.org/en/docs/c2em11d3_en.pdf (Stand: 02.01.10).
- UNCTAD* World Investment Report 2003: FDI Policies for Development: National and International Perspectives, New York and Geneva 2003.
- UNCTAD* Foreign Direct Investment and Performance Requirements: New Evidence from Selected Countries, New York and Geneva 2003.
- Fundstelle: http://www.unctad.org/en/docs/iteiia20037_en.pdf (Stand: 02.01.10).
- UNCTAD* Forty years of UNCTAD research on FDI, Transnational Corporations, Vol. I2, Nr. 3, New York and Geneva 2003.

- UNCTAD* World Investment Report 2005: Transnational Corporations and the Internationalization of R&D, New York and Geneva 2005.
- Fundstelle: http://www.unctad.org/en/docs/wir2005_en.pdf (Stand: 02.01.10).
- UNCTAD* World Investment Report 2006: FDI from Developing and Transition Economies: Implications for Development, New York and Geneva 2006.
- Fundstelle: http://www.unctad.org/en/docs/wir2006_en.pdf (Stand: 02.01.10).
- UNCTAD* Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rule-making, New York and Geneva 2007.
- Fundstelle: http://www.unctad.org/en/docs/iteia20065_en.pdf (Stand: 02.01.10).
- UNCTAD* Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making, June 2007.
- Fundstelle:
<http://www.unctad.org/Templates/Meeting.asp?intItemID=4229&lang=1> (Stand: 02.01.10).
- UNCTAD* UNCTAD, Investor-State Dispute Settlement and Impact on Investment Rulemaking, New York and Geneva 2008.
- Fundstelle:
<http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=9438&intItemID=2068&lang=1&mode=downloads> (Stand: 02.01.10).
- UNCTAD* International Investment Rule-making: Stocktaking, Challenges and the Way Forward, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York and Geneva 2008.
- UNCTAD* Investment Promotion Provisions in International Investment Agreements, UNCTAD Series on International Investment Policies for Development, New York and Geneva 2008.
- Urban Dieter,* A Theoretical Perspective on Multilateral Agreements on Investment, July 2006.
- Fundstelle: <http://www.etsg.org/ETSG2006/papers/Urban.pdf> (Stand: 02.01.10).

- Urban, Dieter* Multilateral Investment Agreement in a Political Equilibrium, CESifo Working Paper Series No. 1830, October 2006.
Fundstelle: <http://ssrn.com/abstract=944410> (Stand: 02.01.10).
- Van den Hout, Tjaco* Resolution of International Disputes: The Role of the Permanent Court of Arbitration – Reflections on the Centenary of the 1907 Convention for the Pacific Settlement of International Disputes, *Leiden Journal of International Law*, 21 (2008), S. 643–661.
- Vandeveld, Kenneth* The Economics of Bilateral Investment Treaties, *Harvard International Law Journal*, 41-2 (2000), S. 469-502.
- Vandeveld, Kenneth* The Political Economy of a Bilateral Investment Treaty, 92 *AM. J. INT'L L.* 621 (1998), S. 621-641.
- Vandeveld, Kenneth* A Brief History of International Investment Agreements, 12 *UC Davis Journal of International Law and Policy* (2005), S. 157-181.
- Verhoosel, Gaetan* Foreign Direct Investment and Legal Constraints on Domestic Environmental Policies: Striking a “Reasonable” Balance Between Stability and Change, 29 *L. & Pol'y Int'l Bus.* (1998), S. 451-472.
- Verveniotis, George* Arbitral Settlement of Investment Disputes - General Consideration on ICSID Arbitration, *Revue Hellenique de Droit International* (1997), S. 153-165.
- Vis-Dunbar, Damon* Ecuador defies provisional measures in dispute with French oil company, *ITN* June 2009, S. 2.
Fundstelle: <http://www.investmenttreatynews.org/content/archives.aspx> (Stand: 02.01.10).
- Wälde, Thomas* A Requiem for the « New International Economic Order », in: Hafner Gerhard et als (Hrsg.), *Liber Amicorum* Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern, The Hague 1998, S. 771-803.
- Wälde, Thomas/Kolo, Abba* Environmental Regulation, Investment Protection and “Regulatory Taking” in International Law, 50 *Int'l & Comp. L.Q.* (2001), S. 811-848.
- Wälde, Thomas* Nouveaux horizons pour le Droit International des investissements dans le contexte de la mondialisation de l'économie, *I.H.E.I.P Cours et Travaux* Nr. 2 (2004).

- Wälde, Thomas* The Definition of Investment in ICSID Arbitration: Development lessons for the WTO? in: Gehring Markus/Cordonier Segger Marie-Claire (Hrsg.), Sustainable Development in World Trade Law, The Hague 2005, S. 375-377.
- Wälde, Thomas* The Specific Nature of Investment Arbitration, in: Kahn Phillipe/Wälde Thomas (Hrsg.), Les aspects nouveaux du Droit des Investissements internationaux, Leiden 2007, S. 43-120.
- Weber, Joerg* Balancing Private and Public Interests In International Investment Ias, UNCTAD Expert Meeting on Development Implications Of International Investment Rule Making, June 2007.
- Fundstelle:
http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/c2em21p08_en.pdf (Stand: 02.01.10).
- Williams, David* Jurisdiction and Admissibility, in : Muchlinski Peter/Ortino Frederico/Schreuer Christoph (Hrsg.), The Oxford Handbook of International Investment Law, Oxford 2008, S. 868-931.
- World Bank,* World Development Report 2003: Sustainable Development in a Dynamic World
 Fundstelle: <http://go.worldbank.org/MPUHAJOPF0> (Stand: 01.01.10)
- World Bank,* World Development Report 2005: A Better Investment Climate For Everyone, Washington 2005.
 Fundstelle: <http://web.worldbank.org> (Stand: 02.01.10).
- Yackee, Jason* Do BITs Really Work? Revisiting the Empirical Link between Investment Treaties and Foreign Direct Investment, in: Sachs Lisa/Sauvant Karl (Hrsg.), The Impact of Bilateral Investment Treaties and Double Taxation Treaties on FDI flows, Oxford 2009, Chap. 14.
- Yala, Farouk* The Notion of "Investment" in ICSID Case Law: A Drifting Jurisdictional Requirement? Some "Un-Conventional" Thoughts on Salini, SGS and Mihaly, Journal of International Arbitration 22 (2005), S. 105-126.
- Yannaca-Small, Katia* Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment Nr. 2004/3 (2004).

- Yannaca-Small, Katia* “Indirect Expropriation” and the “Right to Regulate” in International Investment Law, OECD Working Paper on International Investment Nr. 2004/4 (2004).
- www.oecd.org/dataoecd/22/54/33776546.pdf (Stand: 02.01.10).
- Yannaca-Small, Katia* Interpretation of the Umbrella Clause in Investment Agreements, OECD Working Papers on International Investment, Nr. 2006/3 (2006).
- Fundstelle: <http://www.oecd.org/dataoecd/3/20/37579220.pdf> (Stand: 02.01.10).
- Yannaca-Small, Katia* Fair and Equitable Treatment Standard: Recent Developments, in: Reinisch August (Hrsg.), Standards of Investment Protection, Oxford 2008, S. 111-130.
- Zhan, James* Recent Trends and Characteristics Of International Investment Rule-making, UNCTAD Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making, June 2007.
- Fundstelle:
http://www.unctad.org/sections/wcmu/docs/c2em21p02_en.pdf (Stand: 02.01.10).
- Ziegler, Andreas* Most-Favoured-Nation (MFN) Treatment, in: Reinisch A. (Hsg.), Standards of Investment Protection, Oxford 2008, S. 59-86.

Verzeichnis der zitierten gerichtlichen und schiedsgerichtlichen Entscheidungen:

ADC Affiliate Ltd and ADC & ADMC Management Ltd v Hungary

ICSID Case No ARB/03/16

Award of September 27, 2006

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

ADF Group Inc. v. United States of America

ICSID Case No. ARB(AF)/00/1

Award of January 9, 2003

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Aguas del Tunari S.A. v. Republic of Bolivia

ICSID Case No. ARB/02/3

Decision on Respondent's Objections to Jurisdiction of October 21, 2005

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Alcoa Minerals of Jamaica, Inc. v. Jamaica

ICSID Case No. ARB/74/2

Decision on Jurisdiction and Competence of July 6, 1975

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Amco v. Indonesia

ICSID Case No. ARB/81/1

Decision on Jurisdiction of September 25, 1983 and Award of November 20, 1984

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

American Manufacturing & Trading, Inc. v. République du Zaïre

ICSID Case No. ARB/93/1

Award of the Tribunal of February 23, 1997

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Antoine Goetz and others v. Republic of Burundi

ICSID Case No. ARB/95/3

Award of February 10, 1999

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Asian Agricultural Products Ltd (APPL) v. Republic of Sri Lanka

ICSID Case ARB/87/3

Award of the Tribunal of June 27, 1990

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Alex Genin and others v. Republic of Estonia

ICSID Case No. ARB/99/2

Award of June 25, 2001

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Azurix Corp v. Argentina

ICSID Case No. ARB/01/12

Decision of Jurisdiction of December 08, 2003

Fundstelle: <http://www.investmentsclaims.com> (Stand: 02.01.10)

Barcelona Traction, Light and Power Company Limited (Belgium v. Spain)

International Court of Justice Rep 4 [1970]

Judgment of 5 February 1970

Fundstelle: <http://www.icj-cij.org/docket/files/50/5386.pdf> (Stand: 02.01.10).

Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan

ICSID Case No. ARB/03/29

Decision on Jurisdiction of November 14, 2005

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Biwater Gauff (Tanzania) Ltd v Tanzania

ICSID Case No ARB/05/22

Award and Concurring & Dissenting Opinion of July 18, 2008

Fundstelle: www.investmentsclaims.com (Stand: 02.01.10)

Československa Obchodní Banka (CSOB) v. Slovak Republic

ICSID Case No. ARB/97/4

Decision on Jurisdiction of May 24, 1999

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

CME Czech Republic B.V. v. Czech Republic

UNICITRAL

- Partial Award of September 13, 2001

- Final Award of March 14, 2003 and Separate Opinion

Fundstellen:

http://ita.law.uvic.ca/documents/CME-2003-Final_002.pdf

http://www.mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/PartialAward_pdf.pdf

http://ita.law.uvic.ca/documents/CME2003-SeparateOpinion_001.pdf (Stand: 02.01.10)

Chorzów, The Factory At (Claim for Indemnity) (The Merits)

Permanent Court of International Justice

Judgment № 13, September 13th, 1928

Fundstelle: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26_chorzow/ (Stand: 02.01.10)

CMS Gas Transmission Company v. The Republic of Argentina

ICSID Case No. ARB/01/8

Decision on objection of jurisdiction of July 17, 2003

Award of May 12, 2005

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Compañía del Desarrollo de Santa Elena S.A. v. Republic of Costa Rica

ICSID Case No. ARB/96/1

Award of February 17, 2000

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria
ICSID Case No. ARB/03/8
Award of January 10, 2005
Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Consortium R.F.C.C. v. Kingdom of Morocco
ICSID Case No. ARB/00/6
Decision on Jurisdiction of July 16, 2001
Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

El Paso Energy International Company v. Argentine Republic
ICSID Case No. ARB/03/15
Decision on Jurisdiction of April 27, 2006
Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Elf Aquitaine Iran v. National Iranian Oil Company
Fundstelle: 11 Y.B. Com. Arb. (1986), S. 97ff.

Enron Corporation and Ponderosa Assets, L.P. v. Argentine Republic
ICSID Case No. ARB/01/3
- Decision on Jurisdiction of January 14, 2004
- Award of May 15 2007
Fundstelle: www.investmentclaims.com (Stand: 02.01.10)

Eureko BV v Poland
Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules
Partial Award and Dissenting Opinion 19 August 2005
Fundstelle: <http://www.investmentclaims.com> (Stand: 02.01.10)

Fedax N.V. v. Republic of Venezuela
ICSID Case No. ARB/96/3
Decision on Jurisdiction of July 11, 1997
Fundstelle: www.investmentclaims.com (Stand: 02.01.10)

Piero Foresti, Laura de Carli and others v. Republic of South Africa
ICSID Case No. ARB(AF)/07/1
Pending

Fraport AG Frankfurt Airport Services Worldwide v. Republic of the Philippines
ICSID Case No. ARB/03/25
Award of August 16, 2007
Fundstelle: www.investmentclaims.com (Stand: 02.01.10)

Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)
International Court of Justice
Judgment of 25 September 1997
Fundstelle: <http://www.icj-cij.org/docket/files/92/7375.pdf> (Stand: 02.01.10)

GAMI Investments Inc v Mexico
Ad hoc—UNCITRAL Arbitration Rules
Final Award of November 15, 2004
Fundstelle: www.investmentclaims.com (Stand: 02.01.10)

Generation Ukraine Inc. v. Ukraine
ICSID Case No. ARB/00/9
Award of September 16, 2003
Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

International Thunderbird Gaming corporation v. The United Mexican State
UNCITRAL
Arbitral Award of January 26, 2006
Fundstelle:
http://www.economia.gob.mx/work/sneci/negociaciones/Controversias/Casos_Mexico/Thunderbird/laudos/award.pdf (Stand: 02.01.10)

James v. United Kingdom
European Court of Human Rights
Judgment of 21 February
Fundstelle: 98 Eur. Ct. H.R. (ser.A) 9, 32 (1986)

Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt
ICSID Case No. ARB/04/13
Decision on Jurisdiction of June 16, 2006
Fundstelle: www.investmentclaims.com (Stand: 02.01.10)

Joy Mining Machinery Limited v. The Arab Republic of Egypt
ICSID Case No. ARB/03/11
Award on Jurisdiction of August 6, 2004
Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Kardassopoulos v Gergia
ICSID Case No ARB/05/18
Decision on Jurisdiction of July 06, 2007
Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Kaiser Bauxite v. Jamaica
ICSID Case No. ARB/74/3
Decision on Jurisdiction and Competence of July 6, 1975
Fundstelle: 1 ICSID Rep. 296 (1993)

Klöckner Industrie-Anlagen GmbH and others v. United Republic of Cameroon and Société Camerounaise des Engrais
ICSID Case No. ARB/81/2
- Award of October 21, 1983,
Fundstelle: 19 Revue de l'arbitrage 1984
- Ad hoc Committee Decision on Annulment of May 3, 1985
Fundstelle: 114 Journal du droit international 163 (1987)

Lanco International Inc. v. Argentina

ICSID Case No. ARB/97/6

Preliminary Decision on Jurisdiction of December 8, 1998

Fundstelle: <http://www.investmentclaims.com> (Stand: 02.01.10).

Lauder v. Czech Republic

UNCITRAL

Award of Sept. 2, 2001

Fundstelle: http://mfcr.cz/cps/rde/xbcr/mfcr/FinalAward_pdf.pdf (Stand: 02.01.10)

LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria

ICSID Case No. ARB/05/3

Decision on Jurisdiction of July 12, 2006

Fundstelle: <http://ita.law.uvic.ca/documents/LESIAAlgeria.pdf> (Stand: 02.01.10)

LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E Int'l Inc. v. Argentine Republic

ICSID Case No. ARB/02/1

Decision on Liability of October 3, 2006

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Liberian Eastern Timber Corporation v. Republic of Liberia

ICSID Case No. ARB/83/2

Award of March 31, 1986 and Rectification of June 17, 1986

Fundstelle: 2 ICSID Rep. 346 (1994)

Emilio Agustín Mafezzini vs. Spanien

ICSID Case No. ARB/97/7

- Award of November 13, 2000

- Decision on Jurisdiction of January 25, 2000

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Marvin Roy Feldman Karpa v. United Mexican States

ICSID Case No. ARB(AF)/99/1

Award of December 16, 2002

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Malaysian Historical Salvors v. Malaysia

ICSID Case No. Arb/05/10

- Decision on jurisdiction of May 17, 2007

Fundstelle: <http://ita.law.uvic.ca/documents/MHS-jurisdiction.pdf> (Stand: 02.01.10)

- Decision on the Application for Annulment of February 28, 2009

Fundstelle: www.investmentclaims.com (Stand: 02.01.10)

Matos e Silva, Lda v. Portugal

European Court of Human Rights

App No. 15777/89

Fundstelle: 24 Eur. Ct. H.R., rep. 573, 600-01 (1996)

Mavrommatis Palestine Concessions

Permanent Court of International Justice

Judgment № 2 of August 30, 1924

Fundstelle: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30_mavrommatis/
(Stand: 02.01.10)

Metalclad Corporation vs. The United Mexican States

ICSID Case No. ARB(AF)/97/1

Award of August 30, 2000

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Methanex Corp. v. United States

UNCITRAL/NAFTA,

- Final Award of August 3, 2005

- First Partial Award of August 7, 2002

Fundstelle: <http://www.state.gov/s/l/c5818.htm> (Stand: 02.01.10)

Middle Eastern Shipping and Handling Co v. Egypt

ICSID Case No. ARB/99/6

Award of April 12, 2002

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Mihaly International Corporation v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka

ICSID Case No. ARB/00/2

Award of March 15, 2002

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

MINE Maritime International Nominees Establishment v. Republic of Guinea

ICSID Case No. ARB/84/4

Decision of the *ad hoc* Committee of December 22, 1989

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Mitchell v. The Democratic Republic of the Congo

ICSID Case No. ARB/99/7

Decision on the Application for Annulment of the Award of October 27, 2006

Fundstelle: <http://www.investmentclaims.com> (Stand: 02.01.10)

Mondev International Ltd. v. United States of America

ICSID Case No. ARB(AF)/99/2

Award of Oct. 11 2002

Fundstelle: <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf> (Stand: 02.01.10)

MTD Equity Sdn. Bhd. And MTD Chile S.A. v. Republic of Chile

ICSID Case No. ARB/01/7

Award of May 25, 2004

Fundstelle: [Fundstelle: http://www.investmentclaims.com](http://www.investmentclaims.com) (Stand: 02.01.10)

Noble Ventures, Inc. v. Romania

ICSID Case No. ARB/01/11

Award of October 12, 2005

Fundstelle: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Noble.pdf> (Stand: 02.01.10)

Occidental Exploration & Production Co. v. Republic of Ecuador

London Court of International Arbitration Administered Case No. UN 3467

Final Award of July 1, 2004

Fundstelle: http://ita.law.uvic.ca/documents/Oxy-EcuadorFinalAward_001.pdf (Stand: 02.01.10)

(Olguin) Eudoro A. Olguín v. Republic of Paraguay

ICSID Case No. ARB/98/5

Award of July 26, 2001

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Oscar Chinn Case

Permanent Court of International Justice

Judgment № 23 of December 12, 1934

Fundstelle: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1934.12.12_oscar_chinn/ (Stand: 02.01.10)

Panevezys-Saldutiskis Railway Case,

Permanent Court of International Justice

Judgement of February 28th, 1939

Fundstelle: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1939.02.28_panevezys-saldutiskis/ (Stand: 02.01.10)

Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. The Republic Of Albania

ICSID Case No. ARB/07/21

Award of the Tribunal of July 30, 2009

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania

ICSID Case No. ARB/05/8

Award of September 11, 2007

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Patrick Mitchell v. Democratic Republic of Congo

ICSID Case No. Arb/99/7

Annulment Decision of November 1, 2006

Fundstelle: <http://ita.law.uvic.ca/documents/mitchellannulment.pdf> (Stand: 02.01.10)

Pey Casado and Président Allende Foundation v. Chile

ICSID Case No ARB/98/2

Award of May 08, 2008

Fundstelle: <http://www.investmentclaims.com/> (Stand: 02.01.10)

Pope & Talbot Inc v. The Government of Canada

UNCITRAL

Award on the merits of Phase 2 of April 10, 2001

Fundstelle: http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/assets/pdfs/Award_Merits-e.pdf (Stand: 02.01.10)

Phoenix Action Ltd. V. Czech Republic

ICSID Case No ARB/06/5

Award of April 15, 2009

Fundstelle: <http://www.investmentclaims.com> (Stand: 02.01.10)

PSEG Global Inc and Konya Ilgin Elektrik Üretim ve Ticaret Ltd Şirketi v Turkey

ICSID Case No ARB/02/5

- Decision on Jurisdiction of June 4. 2004;

- Award of January 19, 2007

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Renta 4 S.V.S.A et al. v. Russian Federation

Stockholm Chamber Commerce Case No. 24/2007

Award on Preliminary Objections, 20 March 2009.

Fundstelle: <http://ita.law.uvic.ca/documents/Renta.pdf> (Stand: 02.01.10)

Revere Copper and Brass Inc. v. Overseas Private Investment Corporation (OPIC)

Arbitration Tribunal

Award of August 24, 1978

Fundstelle: 56 I.L.R. S.258ff

Robert Azinian and others v. United Mexican States

ICSID Case No. ARB(AF)/97/2

Award of November 1, 1999

Fundstelle: 14 ICSID Rev.—FILJ 538 (1999)

Rompetrol Group NV v Romania

ICSID Case No ARB/06/3

Decision on Preliminary Objections of April 18, 2008

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

RosInvestCo UK Ltd. v. The Russian Federation

Stockholm Chamber Commerce Case No. Arb. V079/2005

Award on Jurisdiction of October 2007.

Fundstelle:

http://ita.law.uvic.ca/documents/RosInvestjurisdiction_decision_2007_10_001.pdf (Stand: 02.01.10)

RSM Production Corporation v. Grenada

ICSID Case No. ARB/05/14

Award of March 13, 2009

Fundstelle: <http://ita.law.uvic.ca/documents/RSMvGrenadaAward.pdf> (Stand: 02.01.10)

Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh

ICSID Case No. ARB/05/7

Decision on Jurisdiction of March 21, 2007

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Kingdom of Morocco
ICSID Case No. ARB/00/4
Decision on Jurisdiction of July 23, 2001
Fundstelle: 6 ICSID Rep. 400 (2004)

Salini Costruttori S.p.A. and Italstrade S.p.A. v. Hashemite Kingdom of Jordan
ICSID Case No. ARB/02/13
Decision on Jurisdiction of November 29, 2004
Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Saluka Investments BV v. Czech Republic
Ad hoc-UNCITRAL Arbitration Rules
Partial Award of March 17, 2006
Fundstelle: www.investmentclaims.com (Stand: 02.01.10)

S.D. Myers v. Canada
UNCITRAL
Partial Award of November 13, 2000
Fundstelle: http://www.appletonlaw.com/files/cases_sdmyers.pdf (Stand: 02.01.10)

Santa Elena, Compañía del Desarrollo S.A. v. Republic of Costa Rica
ICSID Case No. ARB/96/1
Award of the Tribunal of February 17, 2000
Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Sempra Energy International v. Republic of Argentina
ICSID case No ARB/02/16
- Decision on Objections to Jurisdiction, 11 May 2005
- Award of the Tribunal of September 28, 2007
Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of the Philippines
ICSID Case No. ARB/02/6
Decision on Objections to Jurisdiction of January 29, 2004
Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan
ICSID Case No. ARB/01/13
Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction of August 06, 2003
Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Siemens A.G. v. Argentine Republic
ICSID Case No. ARB/02/8
Decision on Jurisdiction of August 3, 2004
Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Société Ouest Africaine des Bétons Industriels v. Senegal
ICSID Case No. ARB/82/1
- Decision on Jurisdiction of August 1st, 1985
- Award of February 25, 1988
Fundstelle: 6 ICSID Rev.—FILJ 125 (1991)

Southern Pacific Properties (middle East) Ltd v. Arab Republic of Egypt

ICSID Case No. ARB/84/3

Decision on Jurisdiction of November 27, 1985,

Award of May 20, 1992

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. and Vivendi Universal S.A v. Argentine Republic

ICSID Case No. ARB/03/19

Pending

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

(Tecmed) Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. United Mexican States

ICSID Case No. ARB(AF)/00/2

Award of May 29, 2003

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Telenor Mobile Communications AS v. Republic of Hungary

ICSID Case No. ARB/04/15

Award of September 13, 2006

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Texaco Overseas Petroleum Company/California Asiatic Oil Company v. Government of the Libyan Arab Republic

Award on the Merits of January 19, 1977

Fundstelle: 53 I.L.R., S. 389ff.

The Iron Rhine (IJzeren Rijn) Arbitration (Belgium-Netherlands)

Hague Permanent Court of Arbitration

Award of May 24, 2005

Fundstelle: http://www.pca-cpa.org/showpage.asp?pag_id=1155

Tokios Tokelès v Ukraine

ICSID Case No ARB/02/18

- Decision on Jurisdiction and Dissent of April 29, 2004

- Award of June 29, 2007

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

The Factory At Chorzów (Claim for Indemnity) (The Merits)

Permanent Court of International Justice

Judgment № 13 of September 13th, 1928

Fundstelle: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.07.26_chorzow/ (Stand: 02.01.10)

The Mavrommatis Palestine Concessions

Permanent Court of International Justice

Judgment № 2 of August 30, 1924

Fundstelle: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1924.08.30_mavrommatis/ (Stand: 02.01.10)

The Oscar Chinn Case,
Permanent Court of International Justice
Judgment № 23 of December 12th, 1934
Fundstelle: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1934.12.12_oscar_chinn/ (Stand: 02.01.10)

United States - Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products,
WTO Doc. WT/DS58/AB/R (98-3899), 6 Nov. 1998,
Fundstelle: [http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/us-shrimp\(ab\).pdf](http://www.worldtradelaw.net/reports/wtoab/us-shrimp(ab).pdf) (Stand: 02.01.10)

Vapeur Wimbledon
Permanent Court of International Justice
Judgment of August 17, 1923,
Fundstelle: http://www.icj-cij.org/pcij/serie_A/A_01/03_Wimbledon_Arret_08_1923.pdf
(Stand: 02.01.10)

Vattenfall AB, Vattenfall Europe AG, Vattenfall Europe Generation AG v. Federal Republic of Germany
ICSID Case No. ARB/09/6
Pending

Vivendi, Compañía de Aguas del Aconquija S.A. and Vivendi Universal v. Argentine Republic
ICSID Case No. ARB/97/3
- Decision on Annulment of July 3, 2002
- Decision on the Challenge to the President of the Committee of October 3, 2001
Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet> (Stand: 02.01.10)

Waste Management, Inc. v. United Mexican States
ICSID Case No. ARB(AF)/00/3
Award of April 30, 2004
Fundstelle:
http://www.economia.gob.mx/work/snci/negociaciones/Controversias/Casos_Mexico/Waste_2_management/laudo/laudo_ingles.pdf (Stand: 02.01.10)

Gesetze, Abkommen und weitere Regelwerke

ALBA, Declaración de la VII Cumbre, 17 de Octubre de 2009

Fundstelle: <http://www.alternativabolivariana.org/images/declaracionVIIcumbrealba-tcp.pdf>
(Stand: 02.01.10)

American Law Institute, Restatement Third of Foreign Relation Law of the United States,
Vol. 1, 1987.

BIT (1966) Schweden/Madagascar

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/sweden_madagascar_fr.pdf
(Stand: 02.01.10)

BIT (1973) Germany/Singapore

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany_singapore.pdf (Stand:
02.01.10)

BIT (1980) France/Paraguay

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france_paraguay_fr.pdf (Stand:
01.01.10).

BIT (1983) Sri Lanka/Japan.

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/srilanka_japan.pdf (Stand:
01.01.10).

BIT (1983) USA/Haiti

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/us_haiti.pdf (Stand: 02.01.10)

BIT (1984) USA/Cameroun

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/us_cameroun.pdf (Stand:
02.01.10)

BIT (1989) France/Russie

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france_russie_fr.pdf (Stand:
01.01.10).

BIT (1990) France/Pologne

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france_pologne_fr.pdf (Stand:
01.01.10).

BIT (1990) United Kingdom/Argentina

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_argentina.pdf (Stand:
01.01.10).

BIT (1990) US/Poland

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/us_poland.pdf (Stand:
01.01.10).

BIT (1991) France/Argentina

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france_argentina_fr.pdf (Stand: 01.01.10).

BIT (1992) France/Chile

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/chile_france_sp.pdf (Stand: 01.01.10).

BIT (1993) United Kingdom/Ukraine.

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_ukraine.pdf (Stand: 01.01.10).

BIT (1994) France/Ukraine

Fundstelle: <http://admi.net/jo/19971129/MAEJ9730108D.html> (Stand: 01.01.10).

BIT (1994) United Kingdom/Peru

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_peru.pdf (Stand: 01.01.10).

BIT (1994) USA/Argentina

Fundstelle: <http://www.state.gov/documents/organization/43475.pdf> (Stand: 01.01.10).

BIT (1995) India/Germany

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany_india.pdf (Stand: 01.01.10).

BIT (1996) Canada/Panama

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/canada_panama_fr.pdf (Stand: 01.01.10).

BIT (1998) United Kingdom/South-Africa.

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/uk_southafrica.pdf (Stand: 01.01.10).

BIT (1999) New Zealand/Argentina

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/argentina_newzealand.pdf (Stand: 01.01.10).

BIT (2001) Austria/Azerbaijan

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/austria_azerbaijan_ger.pdf (Stand: 01.01.10).

BIT (2001) Germany/Cambodia

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany_cambodia_gr_eng.pdf (Stand: 01.01.10).

BIT (2001) Netherlands/Mozambique

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/netherlands_mozambique.pdf (Stand: 01.01.10).

BIT (2002) Germany/Thailand

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/germany_thailand.pdf (Stand: 01.01.10).

BIT (2002) Thailand/ North-Korea

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/thailand_northkorea.pdf (Stand: 01.01.10).

BIT (2004) France/Bahrain;

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/france_bahrain.fr.pdf (Stand: 01.01.10).

BIT (2004), US Modell BIT

Fundstelle: <http://www.state.gov/documents/organization/117601.pdf> (Stand: 01.01.10).

BIT (2005) US/Uruguay

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/US_Uruguay.pdf (Stand: 01.01.10).

BIT (2006), Canada/Peru

Fundstelle: http://www.unctad.org/sections/dite/ia/docs/bits/canada_peru.pdf (Stand: 01.01.10).

BIT (2008), German Model Treaty

Fundstelle: <http://ita.law.uvic.ca/investmenttreaties.htm> (Stand: 01.01.10).

Chile – United States Free Trade Agreement of 2003

Fundstelle:

http://www.ustr.gov/sites/default/files/uploads/agreements/fta/chile/asset_upload_file1_4004.pdf (Stand: 01.01.10).

Energy Charter Treaty vom 17 Dezember 1994,

Fundstelle: 10 ICSID Rev. FILJ (1995), S. 258ff.

(EG) VERORDNUNG Nr. 244/2009 vom 18. März 2009 der Europäischen Kommission, zur Durchführung der Richtlinie 2005/32/EG des Europäischen Parlaments und des Rates im Hinblick auf die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung von Haushaltslampen mit ungebündeltem Licht

Fundstelle:

<http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2009:076:0003:0016:DE:PDF> (Stand: 01.01.10).

Europäisches Konzil, Europäische Konvention für Menschenrechte von 1954,

Fundstelle: <http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/F45A65CD-38BE-4FF7-8284-EE6C2BE36FB7/0/GermanAllemand.pdf> (Stand: 02.01.10).

G8 Gipfelerklärung vom 7. Juni 2007, Wachstum und Verantwortung in der Weltwirtschaft, Heiligendamm 2007

Fundstelle: <http://www.g-8.de/Content/DE/Artikel/G8Gipfel/Anlage/gipfeldokument-wirtschaft-de,templateId=raw,property=publicationFile.pdf/gipfeldokument-wirtschaft-de.pdf> (Stand: 02.01.10).

GATT (1947), The General Agreement on Tariffs and Trade

Fundstelle: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/gatt47_01_e.htm (Stand: 02.01.10).

ICC-Code (1949): ICC, Code of Fair Treatment for Foreign Investors, August 1949

Fundstelle: http://www.archive.org/stream/brochure129inteuoft/brochure129inteuoft_djvu.txt
(Stand: 02.01.10).

ICSID, Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, IBRD, 18 März 1965

Fundstelle: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf
(Stand: 02.01.10).

ICSID, Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules).

Fundstelle: http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf
(Stand: 02.01.10).

ICSID, The Rules of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings (the Institution Rules)

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/ICSID/RulesMain.jsp> (Stand: 02.01.10).

ICSID, Report of the Executive Directors on the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States, IBRD, 18 März 1965,

Fundstelle: <http://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/partB-section01.htm>
(Stand: 02.01.10).

ICSID, History Of The ICSID Convention: Documents Concerning The Origin And The Formulation Of The Convention On The Settlement Of Investment Disputes Between States And Nationals Of Other States (1968).

ICSID, Progress Report on the "Legal Framework" for the Treatment of Foreign Investment

Fundstelle: ICSID Rev.-FILJ, Vol.7 (1992), S.308 ff.

ILA Resolution 3/2002: New Delhi Declaration of Principles of International Law Relating to Sustainable Development, The 70th Conference of the International Law Association, New Delhi, April 2002.

Fundstelle: www.ila-hq.org/download.cfm/docid/65DD8DEF-E74D-4ED5-925EBC6D73F19C97 (Stand 02.01.10).

Intergovernmental Panel on Climate Change, Working Group III, Mitigation of Climate Change.

Fundstelle: <http://www.ipcc-wg3.de/> (Stand 02.01.10).

ILC, Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts (2001).

Fundstelle: http://untreaty.un.org/ilc/texts/instruments/english/draft%20articles/9_6_2001.pdf
(Stand 02.01.10).

Lomé IV, Fourth ACP-EEC Convention signed at Lomé on 15 December 1989, Document 291A0817(01).

Fundstelle: http://www.acpsec.org/en/conventions/lomeiv_e.htm (Stand 02.01.10).

MIGA, Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, Seoul, 11 October 1985.

Fundstelle: http://www.miga.org/quickref/index_sv.cfm?stid=1583 (Stand 02.01.10).

MIGA, Investment Guarantee Guide.

Fundstelle: <http://www.miga.org/documents/IGGenglish.pdf> (Stand 02.01.10).

MIGA, Operational Regulations of the Multilateral Investment Guarantee Agency, Washington 2002.

Fundstelle: <http://www.miga.org/documents/Operations-Regulations.pdf> (Stand 02.01.10).

MIGA, Commentary on the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency.

Fundstelle: http://www.miga.org/quickref/index_sv.cfm?stid=1584 (Stand 02.01.10).

MIGA, Review of Development Effectiveness in MIGA, Document of the Multilateral Investment Guarantee Agency, Washington 2004

Fundstelle: http://www.miga.org/documents/2004_review_of_development_effectiveness.pdf (Stand 02.01.10).

North American Free Trade Agreement (NAFTA), Chapter 11 on Foreign Investment

Fundstelle: <http://www.sice.oas.org/trade/nafta/naftatce.asp> (Stand 02.01.10).

OECD, Draft Convention on the Protection of Foreign Property (1967).

Fundstelle: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf> (Stand 02.01.10).

OECD, Declaration on International Investment and Multinational Enterprises, June 21, 1976.

Fundstelle:

[http://www.ois.oecd.org/olis/2000doc.nsf/LinkTo/NT00002BE6/\\$FILE/00085743.PDF](http://www.ois.oecd.org/olis/2000doc.nsf/LinkTo/NT00002BE6/$FILE/00085743.PDF) (Stand 02.01.10).

OECD, The Multilateral Agreement on Investment (Report by the Chairman of the Negotiating Group) DAF/MAI (98)17, May 4, 1998.

Fundstelle: <http://www.oecd.org/daf/mai/pdf/ng/ng9817e.pdf> (Stand 02.01.10).

Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, World Commission on Environment and Development A/42/427, Geneva 1987

Fundstelle: <http://www.un-documents.net/ocf-02.htm#I> (Stand 02.01.10).

UN-Menschenrechtscharta, A/RES/217, UN-Doc. 217/A-(III), Dezember 10, 1948.

Fundstelle: <http://www.un.org/Overview/rights.html> (Stand 02.01.10).

UNITED NATIONS Conference on Trade and Employment, Havana Charter For An International Trade Organization, Doc. E/Conf.2/78, Havana 1948.

Fundstelle: http://www.wto.int/english/docs_e/legal_e/havana_e.pdf

<http://www.worldtradelaw.net/misc/havana.pdf> (Stand 02.01.10).

UN Resolution N. 3201: Declaration of the Resolution of the Establishment of a New International Economic Order, May 1, 1974.

Fundstelle: <http://www.un-documents.net/s6r3201.htm> (Stand 02.01.10).

UN, Charter of Economic Rights and Duties of States, A/RES/29/3281, December, 12th 1974
Fundstelle: <http://www.un-documents.net/a29r3281.htm> (Stand 02.01.10).

UN, Report of the International Conference on Financing for Development, UN Doc. A/CONF.198/11, Monterrey, Mexico, 18-22 March 2002.
Fundstelle: http://www.unmillenniumproject.org/documents/07_aconf198-11.pdf (Stand 02.01.10).

UN, Follow-up International Conference on Financing for Development to Review the Implementation of the Monterrey Consensus, UN Dok. A/CONF.212/L.1/Rev.1, Doha 29 November-2 December 2008.

Fundstelle:
<http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N08/630/55/PDF/N0863055.pdf?OpenElement>
(Stand 02.01.10).

WTO, Agreement Establishing the World Trade Organization, Uruguay Round Agreement Marrakech (1994).

Fundstelle: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/04-wto_e.htm#articleXVI (Stand 02.01.10).

EINLEITUNG

„One should therefore continue to evaluate the possibilities and pitfalls inherent in this new form of dispute resolution to ensure that it plays a productive role in economic, legal, political and social development.“¹

Die Rolle von privaten Auslandsinvestitionen (*Foreign Direct Investment* - FDI) in der Weltwirtschaft wird immer bedeutender. Ihr Gesamtwert steigerte sich von US \$ 40 Milliarden zu Anfang der 80er Jahre auf US \$ 200 Milliarden im Jahre 1990; er erreichte im Jahre 2007 den Betrag von US \$ 1.8 Billionen.² Diese Entwicklung ist u. a. darauf zurückzuführen, dass sich FDIs in Entwicklungsländern als beliebtes Finanzierungsprodukt etabliert haben.

Im Gegensatz zu Kreditgebern werden Investoren am wirtschaftlichen Risiko beteiligt. Sie machen nur dann Gewinne, wenn das Projekt wirtschaftlich erfolgreich ist und der Staat, in den investiert wurde (Gaststaat), ebenfalls davon profitiert. Dieser Gewinn wird allerdings oft höher sein als die Zinsen eines Kredites, so dass Investitionen aus der Sicht des Geldgebers ebenfalls attraktiver sind als Kredite. FDIs sind in kreditunwürdigen Gaststaaten verbreitet, da das eingegangene Risiko in der richtigen Einschätzung der Erfolgsperspektiven eines Projektes und nicht in der schwer einzuschätzenden Kreditfähigkeit des Gaststaates liegt.³

Jede Investition birgt Risiken, die ihre Kosten bestimmen: je höher das eingegangene Risiko, desto höher die Investitionskosten, aber oft auch das Ertragspotential. Risiken haben einen Preis, der z. B. in Versicherungsprämien zum Ausdruck kommt. Investiert man in einer fremden Rechtsordnung, treten neben gewöhnliche Handelsrisiken zusätzliche Risiken, z. B. diskriminierende Gesetze oder willkürliche gerichtliche Urteile. Um diese Risiken und somit die Investitionskosten zu minimieren, wurden Investitionsschutzmechanismen entwickelt, wodurch Investoren vor internationalen Schiedsgerichten Rechte gegen den Gaststaat durchsetzen können. Auch wenn ihre Handlungsmöglichkeiten dadurch eingeschränkt werden und eine übergeordnete Instanz über die Rechtmäßigkeit ihres Handelns entscheidet, unterwerfen sich Staaten freiwillig solchen Investitionsschutzmechanismen. Sie wollen hiermit das Risiko

¹ Franck, 19 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. (2007), S. 373.

² Sachs/Sauvant, in: Sachs/Sauvant (Hrsg.), Impact, S. 2; siehe auch UNCTAD: <http://stats.unctad.org/FDI/TableView/tableView.aspx?ReportId=1254> (Stand 15.09.09).

³ Shihata, 6 ICSID Rev. FILJ (1991), S. 485.

mindern, international isoliert zu werden. Als Gegenleistung zu ihrem Souveränitätsverlust erhoffen sich Staaten viele Investitionen, die ihre Entwicklung fördern sollen.⁴

Es ist nahezu unbestritten, dass internationale Investitionen für die Entwicklung von wenig entwickelten Ländern eine wichtige Rolle spielen können.⁵ Denn mit Investitionen geht in der Regel ein Transfer von u.a. Devisen, Technologien und *Know-How* einher.⁶ Ausgehend von der Prämisse, dass Investitionen für die Entwicklung förderlich sind⁷ und dass das Investitionsschutzsystem Entwicklungsbemühungen unterstützen kann,⁸ ist der Schutz von Investitionen ein wichtiges Instrument der zwischenstaatlichen wirtschaftlichen Kooperation geworden. In der Regel wird in einem fremden Staat investiert, weil Investoren sich Gewinne durch die Erschließung neuer Märkte, billigere Produktionskosten oder die Bewirtschaftung von Rohstoffen erhoffen.⁹ Die Gewinne können jedoch umso höher sein, je größer der Marktanteil und je niedriger der Technologiestand der Wettbewerber, die Lohnnebenkosten und die Steuern sind. Daher stehen die Interessen der Investoren oft im Widerspruch zu den Entwicklungszielen der Gaststaaten. Investitionsschutzmechanismen müssen diese widersprüchliche Zielsetzung berücksichtigen und versuchen, einen Rahmen zu schaffen, in dem Investoren- und Staatsinteressen ausgeglichen werden. Dieser Zusammenhang zwischen Investitionsschutz und nachhaltiger Entwicklung soll im Rahmen der vorliegenden Arbeit untersucht werden.

In Teil I werden Investitionsschutzmechanismen dargestellt und das Spannungsverhältnis zwischen Investitionsschutz, Staatssouveränität und Entwicklung aus einer historischen Perspektive beschrieben.

In Teil II werden die Implikationen des Investitionsschutzes erläutert: Es wird zunächst die Dimension des Investitionsschutzes als Katalysator der Entwicklung aufgezeigt. Viele Investitionsschutzmechanismen erklären wirtschaftliche Entwicklung zu ihrem Ziel.¹⁰ Sie wollen dies durch den Schutz und die Förderung von entwicklungsfördernden Investitionen erreichen.¹¹ Damit beanspruchen sie eine Entwicklungsdimension, die auch mittelbar erreicht werden kann. Dies setzt voraus, dass Investitionen Katalysator der Entwicklung sind und Investitionsschutzmechanismen daher mittelbar durch den Schutz und die Förderung von Investitio-

⁴ Pritchard, in: Pritchard (Hrsg.), *Economic Development*, S. 4.

⁵ Newcombe, 8 JWIT (2007), S. 357; Jessen, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development*, S. 77.

⁶ Kahn/Wälde, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. XXX; Jessen, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development*, S. 76.

⁷ Ortino, *International Law FORUM du Droit International* 7 (2005), S. 243.

⁸ Wälde, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development*, S. 375.

⁹ Pritchard, in: Pritchard (Hrsg.), *Economic Development*, S. 5.

¹⁰ Sornarajah, *Foreign Investment*, S. 181.

¹¹ *Ibid.*, S. 181.

nen einen positiven Effekt auf die Entwicklung haben. Positive Wirkungen von Investitionen auf die Entwicklung der Gaststaaten sind allerdings im Zusammenhang mit den negativen Effekten, die aus dem Beitritt oder Abschluss von verpflichtenden Investitionsschutzmechanismen resultieren, zu betrachten. Kapitalimportierende Staaten geben in der Hoffnung auf mehr entwicklungsfördernde Investitionen einen Teil ihrer Souveränität auf. Insofern handelt es sich um einen *Bargain*, der erst dann ausgewogen ist, wenn der Investitionsschutz tatsächlich seine Entwicklungsdimension realisiert und entwicklungsfördernd ist. Souveränitätsverluste sind nämlich nur gerechtfertigt, wenn dadurch die betroffenen Staaten tatsächlich entwicklungsfördernde Investitionen an sich ziehen.¹² Eine wirtschaftliche Analyse wird das Verhältnis von Investitionsschutz, Investitionszufluss und Entwicklung darstellen und zeigen, dass Investitionen nur unter gewissen Bedingungen ein Entwicklungsfaktor sind. Zugleich werden die Nachteile, die aus der Zugehörigkeit zum Investitionsschutzsystem resultieren, aufgezeigt.

In Teil III wird schließlich untersucht, unter welchen zusätzlichen Voraussetzungen, Investitionen entwicklungsfördernde Wirkungen entfalten können. Es wird gezeigt, dass Maßnahmen erforderlich sind, um Investitionen gemäß nationalen und internationalen Entwicklungszielen zu lenken. Aufgrund seiner Entwicklungsdimension kann und sollte hierbei dem Investitionsschutz eine Lenkungsfunktion zukommen. Im Anschluss wird eine Lenkungsmöglichkeit des Investitionsschutzes auf verfahrensrechtlicher Ebene aufgezeigt, die den *Bargain* des Investitionsschutzes ausgewogen und tragfähig machen könnte und dem Investitionsschutz zu seiner Entwicklungsdimension verhelfen würde. Nach der hier vertretenen Ansicht sollten ICSID Schiedsgerichte ihre Kompetenz restriktiv auslegen und ihre Zuständigkeit nur für solchen Investitionen annehmen, die nach wirtschaftswissenschaftlichen Grundsätzen potentiell geeignet sind, einen positiven Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates zu leisten und keine negativen nachhaltigen Entwicklungsbeiträge verursachen.

¹² *Rubins*, in: Horn (Hrsg.), *Foreign Disputes*, S. 287.

TEIL I

HINTERGRÜNDE DES INVESTITIONSSCHUTZES

“There can be no understanding of law, whether national or international, without a prior understanding of the policy issues that it seeks to deal with”.¹

¹ *Muchlinski*, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer(Hrsg.), Oxford Handbook, S.4.

§ 1 Überblick über die Investitionsschutzmechanismen

I. Einleitung

Unter Investitionsschutz werden alle nationalen oder internationalen Garantien verstanden, die auf materiellrechtlicher oder verfahrensrechtlicher Ebene den Schutz von Investitionen gegen politische Risiken bezwecken.

Unter politischem Risiko versteht man das Risiko, das daraus resultiert, dass ein Investor über einen längeren Zeitraum einem fremden souveränen Staat ausgesetzt ist. Traditionell ging es vorwiegend um nachteilige regulatorische Maßnahmen wie Enteignungen. Aufgrund der Ausweitung der materiellen Gewährleistungen kann heutzutage auch das Untätigsein eines Staates in Konflikten erfasst sein.² Wirtschaftliche Risiken sind demgegenüber nicht Gegenstand des Investitionsschutzrechtes.

Der Begriff „Investition“ umfasst in wirtschaftlicher Hinsicht neben ausländischen Direktinvestitionen – den sogenannten *Foreign Direct Investments* (FDIs) – auch Portfolioinvestitionen. Letzteren kommt indes nur geringe Bedeutung zu; es handelt sich um bloße Geldanlagen. *FDIs* zeichnen sich dadurch aus, dass sie auf die Erzielung eines Ertrages im Gaststaat gerichtet sind.³ Durch sie kann direkt Einfluss auf die Geschäftstätigkeit im Ausland ausgeübt werden.⁴ Da *FDIs* im Investitionsschutzrecht eine große Rolle spielen, sollen sie in der vorliegenden Arbeit schwerpunktmäßig behandelt werden. Die Klärung der rechtlichen Bedeutung und die Definition des Begriffes „Investition“ erfolgen im Laufe der weiteren Arbeit.

Die Mehrheit der investitionsschutzrechtlichen Garantien findet sich in völkerrechtlichen Investitionsschutzabkommen. Insoweit existiert zum einen eine Vielzahl bilateraler Investitionsschutzverträge. Zu deren Bezeichnung soll im Folgenden auf den weit verbreiteten englischen Begriff *bilateral investment treaty*, kurz „BIT“ zurückgegriffen werden. Zum anderen existieren multilaterale Investitionsschutzübereinkommen. Diese umfassen regionale Über-

² Wälde, I.H.E.I.P Cours et Travaux Nr. 2 (2004), S. 36.

³ Gabler (Hsg.), Wirtschaftslexikon, vgl.: *Portfolio-Investition*.

⁴ Ibid, vgl.: *Direktinvestition*.

einkommen, wie das *North American Free Trade Agreement* (NAFTA)⁵, und sektorale Übereinkommen wie den Energiechartervertrag (ECT).

Das materielle Recht ist nur so gut, wie es durchsetzbar ist. Um für ausländische Investoren attraktiv zu sein, müssen Staaten daher nicht nur hohe materiellrechtliche Schutzstandards schaffen, sondern auch effektive Mechanismen zur Rechtsdurchsetzung vorsehen, die die Durchsetzung dieser Schutzstandards in einer neutralen und effektiven Weise gewährleisten.⁶ Die Streitbeilegung vor Gerichten kommt dabei typischerweise nicht in Betracht. Dies hat folgende Gründe: Investoren empfinden die nationalen Gerichte des Gaststaates – d.h. des Staates, in dem sie ihre Investition tätigen – oft als ungeeignet und haben Bedenken hinsichtlich der Unabhängigkeit der Richter.⁷ Eine Streitbeilegung vor anderen Gerichten, sei es im Heimatstaat der jeweiligen Investoren oder in unbeteiligten Staaten, scheitert in der Regel an der Immunität des Gaststaates. Vor internationalen Gerichten können Investoren typischerweise nicht klagen. Stattdessen sind sie auf den diplomatischen Schutz durch ihre Heimatstaaten angewiesen. Alternative Streitbeilegungsmechanismen, die lediglich Verhandlungen unter einer neutralen Leitung vorsehen, sind für Investitionsstreitigkeiten⁸ wegen ihrer fehlenden Bindungswirkung und Durchsetzbarkeit⁹ ungeeignet. Deswegen werden Investitionsstreitigkeiten oft vor internationalen Schiedsgerichten ausgetragen.¹⁰ Dies hat folgende Vorteile: Schiedssprüche sind aufgrund der *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitral Awards* von 1958 auf der internationalen Ebene leichter durchsetzbar als Urteile staatlicher Gerichte.¹¹ Auch sind staatliche Verfahren in der Regel öffentlich, was bei den häufig politisch brisanten Investitionsstreitigkeiten nicht erwünscht ist.¹² Häufig wird zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten die institutionelle Schiedsgerichtsbarkeit gewählt. Wichtigste Schiedsinstitution ist das *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID).¹³ Daneben werden Investitionsstreitigkeiten auch unter der Ägide des *Permanent Court of Arbitration* (PCA)¹⁴, der *International Chamber of Commerce* (ICC)¹⁵ oder der *Stockholm Chamber of Commerce* (SCC)¹⁶ ausgetragen.

⁵ Regelungen zum Investitionsschutz finden sich in Kapitel 11 NAFTA.

⁶ Paulsson, in: Pritchard (Hrsg.), *Economic Development*, S. 209.

⁷ Mucklinski, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), *Oxford Handbook*, S.40.

⁸ Paulsson, in: Pritchard (Hrsg.), *Economic Development*, S. 210.

⁹ *Ibid.*, S. 210.

¹⁰ Mucklinski, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), *Oxford Handbook*, S.40.

¹¹ Im Falle von ICSID Schiedssprüchen besteht sogar eine Pflicht zur Anerkennung nach Art. 54 ICSID Konvention. Hierzu im Einzelnen unten.

¹² Paulsson, in: Pritchard (Hrsg.), *Economic Development*, S. 210-211.

¹³ Hierzu im Einzelnen unten.

¹⁴ Optional Rule for Arbitrating Disputes Between Two Parties of Which Only One Is a State, siehe: <http://www.pca-cpa.org/upload/files/1STATENG.pdf> (Stand: 01.01.10).

¹⁵ <http://www.iccwbo.org> (Stand: 01.01.10); Paulsson, in: Pritchard (Hrsg.), *Economic Development*, S. 215.

II. ICSID

1. Rahmenumstände und Ziele der ICSID Konvention

Die Nachkriegszeit war in besonderem Maße von politischen Risiken geprägt.¹⁷ Damit bestand ein Hindernis für ausländische Direktinvestitionen. Gleichzeitig erschienen ausländische Direktinvestitionen aber als geeignete Katalysatoren der wirtschaftlichen Entwicklung.¹⁸ Es bestand die Notwendigkeit, den privaten Sektor stärker in die Entwicklungshilfe einzubeziehen.¹⁹ Um dieses Dilemma zu überwinden, entschloss man sich, für Investoren Anreize dahingehend zu schaffen, trotz politischer Risiken in Entwicklungsländern zu investieren. Idee war es, durch internationale Rahmenbedingungen Schutz vor politischen Risiken im Ausland zu gewähren und damit den Investitionsfluss zu fördern. Dabei sollte ein Ausgleich zwischen dem Streben der Staaten nach Souveränität und einer nachhaltigen Entwicklung²⁰ auf der einen Seite und dem Streben der Investoren nach Sicherheit und Profit auf der anderen Seite gefunden werden.²¹ Dies sollte durch ein permanentes Forum zur Beilegung von Investitionsstreitigkeiten erreicht werden.²² Durch diese spezifisch auf die Natur der Streitigkeit und der Beteiligten zugeschnittene Streitbeilegungsmethode sollte ein sachgerechter Ausgleich zwischen den Interessen der Staaten und der Investoren erzielt²³ und so ein investitionsförderndes Klima von gegenseitigem Vertrauen geschaffen werden.²⁴

Die Weltbank berief vor diesem Hintergrund im Jahre 1963 eine Konferenz ein, um eine internationale Investitionsschiedsgerichtsbarkeit zu schaffen. Dass der Impuls zur Schaffung einer internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zum Schutz privater Investoren von einer internationalen öffentlich-rechtlichen Entwicklungsbank ausging, hängt mit dem Ziel dieses Forums zusammen, die wirtschaftliche Entwicklung der Staaten zu fördern. Es sollte ein internationa-

¹⁶ <http://www.sccinstitute.se/uk/Home/> (Stand: 01.01.10).

¹⁷ Kahn, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*; Reisman, *Systems of Control*, S. 46; Bishop/Crawford/Reisman, *Foreign Investment Disputes*, S. 13.

¹⁸ Kahn, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S.4.

¹⁹ Hunter/Barbuk, in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi/Whitesell (Hrsg.): *Liber Amicorum Briner*, S. 381.

²⁰ *Ibid.*, S. 382.

²¹ Kahn, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S.4;

Hunter/Barbuk, in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi/Whitesell (Hrsg.): *Liber Amicorum Briner*, S. 382.

²² Delaume, 1 *Intl. Lawyer* (1966), S. 66.

²³ Report of the Executive Directors, zitiert nach: Lamm, 5-6 *ICSID Rev. FILJ* 1990-1991, Vol. 2, S. 463.

²⁴ Delaume, 1 *Intl. Lawyer* (1966), S. 70 ; Delaume, 1-2 *ICSID Rev. FILJ* (1986-1987), Vol. 1, S. 245;

les Instrument zur Förderung von Investitionen und wirtschaftlicher Entwicklung geschaffen werden.²⁵ Die Verhandlungen führten dazu, dass im Jahre 1965 die *Washingtoner Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Others States* (ICSID Konvention) verabschiedet wurde. Diese trat am 14. Oktober 1966 in Kraft. Im Dezember 2009 waren der ICSID Konvention 156 Staaten beigetreten.²⁶ Zum 1. Januar 2009 hatten sich ICSID Schiedsgerichte mit 284 Fällen befasst.²⁷

Das Schiedsverfahren nach der ICSID Konvention hat sich bisher bewährt und ist unter den zahlreichen Investitionsschutzmechanismen "*le centre par excellence de traitement des litiges sur les investissements internationaux*".²⁸ Das ICSID wird gemeinhin als das bedeutendste institutionalisierte internationale Forum für Klagen von Privaten gegen einen Staat angesehen.²⁹

2. Das ICSID Schiedsverfahren

Früher wurden Streitigkeiten zwischen Investoren und fremden Staaten überwiegend auf diplomatischem Weg beigelegt. Der Investor wandte sich an seinen Heimatstaat, damit dieser gegenüber dem ausländischen Staat die Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen einforderte. Im Investitionsschutzrecht ist dies heute meist nicht mehr erforderlich. Investitionsschutzverträge enthalten nicht nur materiellrechtliche Garantien, sondern enthalten typischerweise auch eine Schiedsklausel. Vor Schiedsgerichten, die vom ICSID administriert werden, können Verletzungen der materiellrechtlichen Garantien geltend gemacht werden.

Zentrale Zuständigkeitsvorschrift für die ICSID Schiedsgerichtsbarkeit ist Art. 25 (1) ICSID.³⁰ Die Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte hängt hiernach von der Natur der Streitigkeit und den Parteien ab.³¹ So muss die Streitigkeit unmittelbar einer Investition entspringen und rechtlicher Natur sein.³² Darüber hinaus müssen die Parteien ihre Einwilligung zu einem Verfahren vor den ICSID Schiedsgerichten erteilt haben. Der Investor bringt seine

²⁵ Shihata, 14 ICSID Review 1 (1986), S. 4.

²⁶ vgl. die Liste der Mitgliedstaaten unter: <http://icsid.worldbank.org/ICSID> (Stand: 01.01.10).

²⁷ Gaillard, JDI N°1, Clunet 2009, S. 334.

²⁸ Leben zitiert nach: Daigremont, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. 453.

²⁹ Amerasinghe, *International Tribunals*, S. 625.

³⁰ "The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally."

³¹ Schreuer, *Commentary*, Art. 25 Rn. 1.

³² *Ibid*, Art. 25 Rn. 3.

Zustimmung typischerweise konkludent durch Erhebung der Klage zum Ausdruck. Die Einwilligung des Staates kann sich sowohl spezifisch auf eine bestimmte Transaktion, als auch allgemein auf sämtliche künftige Investitionsstreitigkeiten beziehen. Sie kann in einer *Ad-hoc*-Schiedsvereinbarung, in einem Vertrag mit dem Investor oder im einschlägigen Investitionsrecht erteilt werden.³³

Investoren können in der Regel unmittelbar vor ICSID Schiedsgerichten klagen. Ausnahmen gelten, wenn nach dem einschlägigen BIT zunächst die innerstaatlichen Rechtsmittel des Gaststaates ausgeschöpft werden müssen. Nach manchen BIT muss sich der Investor für eines der beiden Verfahren entscheiden (sog. *Fork in the Road* Klausel).

Üblicherweise sind Schiedsgerichte mit drei Schiedsrichtern besetzt. Deren Ernennung erfolgt in der Regel dadurch, dass jede Partei einen Schiedsrichter nominiert und diese sich sodann auf einen Vorsitzenden einigen. Das Schiedsverfahren erfolgt unter Ausschluss der Öffentlichkeit, sofern die Parteien keine anderweitige Regelung treffen. Die Schiedsrichter sind nicht an die Entscheidungen anderer Schiedsgerichte gebunden. Umgekehrt entfaltet auch ihr Schiedsspruch nur Wirkung *inter partes*.³⁴ Gem. Art. 42 ICSID³⁵ wird, sofern keine anderweitige Vereinbarung getroffen wurde, das nationale Recht des Gaststaates auf das Schiedsverfahren angewandt. Das Schiedsgericht kann den Staat zur Zahlung einer Entschädigung in der Regel in der Höhe des wirtschaftlichen Schadens des Investors verpflichten. Die streitgegenständliche staatliche Maßnahme wird darüber hinaus durch den Schiedsspruch kaum rückgängig gemacht werden. Jedoch wird der Gaststaat oft freiwillig die Maßnahme aufheben, u. a. aus Furcht, weitere Entschädigungen zahlen zu müssen.³⁶

3. Vorteile des ICSID

Aus der Sicht des Gaststaates ist es vorteilhaft, sich dem ICSID Schiedsverfahren zu unterwerfen. Denn gemäß Art. 27 (1) ICSID³⁷ wird er durch seine Einwilligung davor bewahrt, von dem Herkunftsstaat des Investors auf diplomatischem Weg oder durch eine internationale Klage in Anspruch genommen zu werden.³⁸

³³ *Ibid*, Art. 25, Rn. 289.

³⁴ vgl. Art. 53 (1) ICSID Convention (1965).

³⁵ Article 42 (1) ICSID Convention (1965).

³⁶ *Ganguly*, 38 Colum. J. Transnat'l L. (1999), S. 119.

³⁷ Article 27 (1) ICSID Convention (1965).

³⁸ *Amerasinghe*, International Tribunals, S. 624.

Aus Sicht der Investoren besteht der Vorteil darin, dass das Völkerrecht unmittelbare Anwendung findet, die Erschöpfung des nationalen Rechtswegs in den meisten Fällen nicht erforderlich ist und der Schiedsspruch - im Gegensatz zum Schiedsspruch eines privaten Schiedsgerichtes oder eines Urteils von nationalen Gerichten³⁹ - gem. Art. 54 (1) ICSID⁴⁰ in dem beklagten Staat und in jedem weiteren Mitgliedstaat vollstreckbar ist.⁴¹ Zudem erscheint angesichts der politischen Brisanz von Investitionsstreitigkeiten ein neutrales Forum wie das ICSID geeigneter zur Streitbeilegung als nationale Gerichte.⁴² Es ist legitimiert durch die Schirmherrschaft der Weltbank und genießt einen sehr hohen „*degree of authority*“.⁴³ Für Staaten hätte es einen immensen politischen Preis, einem ICSID Schiedsspruch nicht Folge zu leisten.⁴⁴

³⁹ Schmidt, 17 Harvard International Law Journal (1976), S. 106.

⁴⁰ “Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State (...).”

⁴¹ Endicott, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), Sustainable Development, S. 380; Lauterpacht, in: Schreuer, Commentary, XI.

⁴² Reisman, Systems of Control, S. 47.

⁴³ Paulsson, in: Pritchard (Hrsg.), Economic Development, S. 219.

⁴⁴ Ibid, S. 219.

III. Bilaterale Investitionsschutzabkommen

1. Schutzgehalt der BITs

Der erste BIT wurde im Jahre 1959 zwischen Deutschland und Pakistan unterzeichnet.⁴⁵ Bis 2003 wurden 2265 weitere BITs zwischen 176 Ländern geschlossen, 2009 lag die Zahl bei 3000.⁴⁶ Oft werden BITs zwischen entwickelten und weniger entwickelten Ländern unterzeichnet.⁴⁷

Verletzungen der BITs können vor Schiedsgerichten geltend gemacht werden, soweit der einschlägige BIT eine entsprechende Schiedsklausel enthält. Die meisten BITs beinhalten eine derartige Klausel, die eine Streitbeilegung vor internationalen Schiedsgerichten vorsieht.⁴⁸ Das Schiedsverfahren kann als *State-to-State* Verfahren, das vom Herkunftsland des Investors eingeleitet wird, oder als *Investor-to-State* Verfahren, in dem der private Investor unmittelbar gegen den ausländischen Staat vorgeht, konzipiert sein.

Der materielle Gehalt der BITs ist in der Regel sehr ähnlich. Typischerweise enthalten sie Verpflichtungen zu vollem Schutz und Sicherheit⁴⁹, zur gerechten und billigen Behandlung⁵⁰, zur Inländergleichbehandlung⁵¹, zur Gewährung von freiem Vermögenstransfer und zur Unterlassung von willkürlichen und diskriminierenden Maßnahmen⁵². Ferner bieten sie meist Schutz vor direkter und indirekter Enteignung⁵³ und enthalten Meistbegünstigungsklauseln⁵⁴. Eine Besonderheit weisen die nordamerikanischen BITs auf. Diese schützen Investoren teilweise auch schon vor ihrer Niederlassung in dem jeweiligen Gaststaat.⁵⁵

Die Reichweite der BIT Klauseln wird durch die Schiedsgerichte konkretisiert. Die Auslegung ist jedoch oft uneinheitlich.⁵⁶

⁴⁵ Anlässlich des 50 jährigen Jubiläums wurde am 1. Dezember 2009 ein neuer BIT zwischen der Bundesrepublik Deutschland und Pakistan geschlossen.

⁴⁶ http://www.unctadxi.org/templates/Page____1007.aspx (Stand 01.01.10); Sachs/Sauvant, in: Sachs/Sauvant (Hrsg.), Impact, S. 7; Franck, 19 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. (2007), S. 338.

⁴⁷ Congyan, 8 The Journal of World Investment and Trade (2007), S. 831.

⁴⁸ Egger, Wirtschaftspolitische Blätter 1/2005, S. 169.

⁴⁹ Vgl. Cordero, in: Reinisch (Hrsg.), Standards, S. 131ff.

⁵⁰ Vgl. Yannaca-Small, in: Reinisch (Hrsg.), Standards S. 111ff.

⁵¹ Vgl. Bjorklund, in: Reinisch (Hrsg.), Standards, S. 29ff.

⁵² Vgl. Heiskanen, in: Reinisch (Hrsg.), Standards, S. 87ff.

⁵³ Vgl. Hoffmann, in: Reinisch (Hrsg.), Standards, S. 151ff.

⁵⁴ Vgl. Ziegler, in: Reinisch (Hrsg.), Standards, S. 59ff.

⁵⁵ Parra, Settlement of investment disputes, S.39.

⁵⁶ Dolzer/Bloch, 5 Int'l L. Forum du Droit Int'l (2003), S. 155.

2. Ziele der BITs

BITs dienen explizit der Erleichterung des Investitionsflusses zwischen den Vertragspartnern und garantieren ausländischen Investoren hohe Schutzstandards nach supranationalem Recht. Vor allem in Ländern, die sich in politischem, juristischem oder wirtschaftlichem Umbruch befinden, sorgen sie für Transparenz und Rechtssicherheit. Dadurch können sich Investoren leichter und kostengünstiger gegen politische Risiken versichern. Sie sind in der Regel kein direktes (wie etwa Investitionssubventionen), sondern ein indirektes (Risiko-Kosten senkendes) Mittel der Förderung von Auslandsinvestitionen.⁵⁷ Ausländische Investoren sind oft misstrauisch hinsichtlich der Qualität der örtlichen Institutionen und der Durchsetzbarkeit ihrer Rechte.⁵⁸ BITs können dazu beitragen, dieses Misstrauen zu beseitigen. Damit gelten sie als der wichtigste internationale Mechanismus der Investitionsförderung⁵⁹ und der Stärkung der internationalen wirtschaftlichen Zusammenarbeit.⁶⁰ Die Begründung für den Abschluss eines BIT, hängt weitgehend davon ab, ob der jeweilige Staat überwiegend Kapital importiert oder exportiert: Während Staaten, die überwiegend Kapital exportieren und deren Angehörige viel im Ausland investieren, sich erhoffen, das Exportrisiko zu minimieren, ihre Exportbilanz zu steigern und somit ihre nationale Wirtschaft zu fördern, hoffen Staaten, die überwiegend Kapital importieren und in denen Ausländer viel investieren, ihren Investitionszufluss zu steigern. Auf diese Weise soll ihre Entwicklung - insbesondere in Form von Infrastrukturmaßnahmen, Finanzierungen, Steuereinnahmen oder Beschäftigung - gefördert werden.⁶¹ Die vorherrschende Herangehensweise im Investitionsschutz ist bilateral.⁶² Im Gegensatz zu nationalen Investitionsschutzgesetzen hat dies den Vorteil, dass Gewährleistungen nicht mehr einseitig durch das Gastland geändert werden können.⁶³ Versuche, unter der Schirmherrschaft der WTO, der UN oder der OECD ein multilaterales Abkommen über Investitionsschutz zu schließen, sind bisher gescheitert. Die bilaterale Herangehensweise scheint erfolgreicher als die multilaterale, weil sie mehr Pragmatismus und Flexibilität erlaubt, um die Interessen beider Parteien zu berücksichtigen. Angesichts der Ähnlichkeit der materiellrechtlichen Garantien vieler BIT wird teilweise argumentiert, diese hätten den Status von Völkergewohnheitsrecht erlangt. Dies erscheint zweifelhaft. Denn Staaten sind beim Abschluss von BIT typi-

⁵⁷ Egger, *Wirtschaftspolitische Blätter* 1/2005, S. 169.

⁵⁸ Neumayer/Spess, *World Development*, Elsevier vol.33 (2005), S. 3.

⁵⁹ Elkins/Guzman/Sirommons, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 578961 (2004), S. 2.

⁶⁰ UNCTAD, Press Release, LDCIII/PRESS/08/Rev.1, 18/05/01.

⁶¹ Franck, 19 *Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.* (2007), S. 338; Blomström/Kokko, *Economics*, S. 2; Ceysens/Sekler, *Investitionsabkommen*, S.5.

⁶² Ginsburg, 25 *International Review of Law and Economics* (2005), S. 17.

⁶³ Salacuse, 24 *Int'l Law* (1990), S. 659.

scherweise von dem Interesse geleitet, ihre Attraktivität als Investitionsstandort zu steigern; sie wollen demgegenüber nicht zur Entwicklung eines allgemeingültigen juristischen Maßstabes beitragen.⁶⁴

IV. Economic Development Agreements

Economic Development Agreements gelten als eine besondere Kategorie von Staatsverträgen. Es handelt sich um Verträge, bei denen Private durch Investitionen und technische Hilfestellungen einen Beitrag zur Entwicklung des Vertragsstaates leisten.⁶⁵ Auf solche Verträge findet - unabhängig vom Willen der Parteien und von einer bestehenden Rechtswahl⁶⁶ - ein besonderes juristisches Regime Anwendung. Hierzu zählen insbesondere völkergewohnheitsrechtliche Grundsätze. Man spricht von einer Internationalisierung des Vertrages.⁶⁷ Eine derartige Internationalisierung lässt sich damit rechtfertigen, dass *Economic Development Agreements* die Entwicklung des Gaststaates fördern. Den Staaten wird im Gegenzug zu solchen Entwicklungsbeiträgen abverlangt, sich den Regeln des Völkerrechts zu unterwerfen.⁶⁸ In *Revere Copper v. OPIC*⁶⁹ und in *Texaco v. Libya*⁷⁰ wurden *Economic Development Agreements* internationalisiert, weil die Gerichte den Aktivitäten der Kläger eine entwicklungsfördernde Wirkung bescheinigten. Dessen ungeachtet wird die Internationalisierung von Verträgen als eine die Staatssouveränität einschränkende Form von kolonialistischer Herrschaft angesehen.⁷¹

V. Die Exportkreditgarantien des Bundes

Die Exportkreditgarantien der Bundes ("Hermesdeckungen"), deren Vergabe und Abwicklung der *Euler Hermes Kreditversicherungs-AG* übertragen wurde, sichert Exportgeschäfte deutscher Unternehmen gegen wirtschaftliche und politische Risiken ab. Grund ist, dass private

⁶⁴ Wälde, I.H.E.I.P Cours et Travaux Nr. 2 (2004), S. 43.

⁶⁵ *Texaco v. Libya*, Award from January 19, 1977, 53 I.L.R. S. 456.

⁶⁶ *Pogany*, 7 ICSID Rev. (1992), S.11ff.

⁶⁷ *Ibid*, S.2, 4.

⁶⁸ *Revere Copper v. OPIC*, S. 272, S.284.

⁶⁹ *Revere Copper v. OPIC*, 56 I.L.R., S. 276.

⁷⁰ *Texaco v. Libya*, Award from January 19, 1977, S.456.

⁷¹ *Pogany*, 7 ICSID Rev. (1992), S.20; *Geiger*, 23 Int'l & Comp. L.Q. 73, 74 (1974).

Versicherer für viele Exporte in Entwicklungs- und Schwellenländer keine ausreichenden Absicherungsmöglichkeiten anbieten. Hermesdeckungen werden nur für förderungswürdige Exporte mit einem vertretbaren Risiko übernommen. Projekte, die mit schwerwiegenden negativen ökologischen, sozialen oder entwicklungspolitischen Konsequenzen verbunden sind, sollen nicht gefördert werden. Die Einhaltung gewisser Leitlinien wird daher bei den Antragsprüfungen sichergestellt.⁷² Allerdings scheint diese Vorgabe durch keine konkreten Regelungen umgesetzt zu werden.⁷³

VI. Multilateral Investment Guarantee Agency

Die *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA) wurde 1985 durch die *Konvention von Seoul* gegründet. Diese Konvention trat 1988 in Kraft.⁷⁴ Die MIGA soll den Investitionsfluss zwischen ihren Mitgliedsstaaten fördern und Entwicklungsländer beraten, wie sie ihre Attraktivität für Investitionen verbessern können.⁷⁵ Sie ist Teil der Weltbankgruppe.⁷⁶ Im Gegensatz zu nationalen Exportversicherern ist ihr primäres Ziel nicht die Förderung nationaler Exporte, sondern die Entwicklungsförderung.⁷⁷ Es soll daher vor allem die Produktionskapazität des Gastlandes und nicht die Exportkapazität des Herkunftslandes des Investors gesteigert werden. Deswegen vergibt die MIGA nur Garantien für Investitionsprojekte, die „*financially and economically viable, environmentally sound, and consistent with the labour standards and development objectives of the country*“⁷⁸ sind. Es werden nur Projekte gefördert, „*qui exige[nt] un engagement de l'investisseur et non [ceux] qui permet[tent] un dégagement de l'investisseur*“⁷⁹. Ferner müssen sie einen Beitrag zur ökonomischen und sozialen Entwicklung des Landes leisten.⁸⁰ Diese Restriktionen erfolgen u. a. aus der Erkenntnis, dass der Wettbewerb der Entwicklungsländer um die Gunst der ausländischen Investoren oft zu einer „*race to the bottom*“ der Arbeits-, Sozial- und Umweltstandards in den Gastländern führt.⁸¹

⁷² IMA, Leitlinien für die Berücksichtigung von ökologischen, sozialen und entwicklungspolitischen Gesichtspunkten bei der Übernahme von Exportkreditgarantien des Bundes vom 26. April 2001; OECD, Recommendation on Common Approaches on Environment and Officially Supported Export Credits vom 18. Dezember 2003.

⁷³ Nachfrage vom 12/02/09 des Verfassers bei der Abteilung für Exportkreditversicherung der Euler Hermes.

⁷⁴ *Protopsaltis*, 53 *Revue Hellénique de Droit International* (2000), S. 135.

⁷⁵ *Shihata*, in: Berger/Bredow/Briner/Fortier (Hrsg.), *Liber Amicorum* Böckstiegel, S. 747.

⁷⁶ *Protopsaltis*, 53 *Revue Hellénique de Droit International* (2000), S. 136.

⁷⁷ *Shihata*, in: Berger/Bredow/Briner/Fortier (Hrsg.), *Liber Amicorum* Böckstiegel, S. 747.

⁷⁸ MIGA, Investment Guarantee Guide, S. 4.

⁷⁹ *Juillard*, *Annuaire Francais de Droit International* (1986), S.628.

⁸⁰ *Juillard*, *Annuaire Francais de Droit International* (1986), S.629 ; *Shihata*, Investment Guarantee, S. 220.

⁸¹ *Protopsaltis*, 53 *Revue Hellénique de Droit International* (2000), S. 157.

Daher soll gewährleistet werden, dass die wirtschaftlichen Interessen der Investoren mit den Entwicklungszielen der Gastländer in Einklang stehen.⁸²

VII. North American Free Trade Agreement

Das zwischen Mexiko, Kanada und den USA abgeschlossene Freihandelsabkommen (*North American Free Trade Agreement* - NAFTA) liberalisiert den Handel zwischen diesen Ländern und beschäftigt sich in Kapitel 11 mit dem Schutz von Investitionen. Bis auf die Tatsache, dass die Prinzipien der Meistbegünstigung und der Inländergleichbehandlung schon vor Niederlassung Anwendung finden, ist sein Regelungsgehalt mit dem der meisten BITs vergleichbar. Insofern entfaltet das NAFTA dieselben Wirkungen wie ein BIT, obwohl es sich dabei nicht um ein bilaterales, sondern um ein multilaterales Abkommen handelt.

⁸² *Ibid*, S. 139.

§ 2 Geschichte des Investitionsschutzes

I. Der Ursprung

Auch wenn vereinzelt bereits in der pharaonischen Zeit Ausländer in Ägypten investiert haben sollen⁸³, ist die Investition als selbstständiger rechtlicher Begriff eine moderne Erscheinung. Investitionen sind erst seit der Mitte des 19. Jahrhunderts zu einer bedeutenden wirtschaftlichen Erscheinung geworden.⁸⁴ Erst seitdem wurde ihre rechtliche Behandlung relevant⁸⁵.

Es ist davon auszugehen, dass es Handelsbeziehungen in größerem Ausmaß seit dem vierten Jahrtausend vor Christus gegeben hat. Diese hatten jedoch hauptsächlich den Import und Export von Gütern zum Gegenstand. Die Händler ließen sich kaum in einem anderen Land nieder, so dass es noch keine Investitionen im engeren Sinne gab. Erst nachdem Kaufleuten von ihren Königen Handelskonzessionen erteilt worden waren, wurden im Ausland spezifische Investitionsaktivitäten durchgeführt. Neben dem Handelsrecht entwickelte sich der Eigentums- und Personenschutz.⁸⁶

Lange Zeit wurde der Investitionsschutz hauptsächlich in Form von Eigentumsschutz als ein Annex des Handelsrechts behandelt. Erst später entwickelte er sich zu einem eigenständigen Regelungsbereich. Im Mittelalter entwickelten sich Mechanismen, um die Rechte der Händler zu schützen, wie zum Beispiel die Garantie von König Heinrich II., Kölner Kaufleuten in London Schutz und Sicherheit zu gewähren⁸⁷. Es waren jedoch hauptsächlich Absichtserklärungen ohne selbstständige Durchsetzungsmechanismen. Wenn ein Schiedsverfahren vorgesehen war, handelte es sich eher um eine Art Mediation. Denn die Entscheidungen waren weder bindend noch durchsetzbar⁸⁸.

⁸³ *Bishop/Crawford/Reisman*, Foreign Investment Disputes, S. 2.

⁸⁴ *Manciaux*, Investissement étrangers, S.1.

⁸⁵ aA: *Wälde*, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), Aspects nouveaux, S. 67: Erst seitdem wurde sie dokumentiert.

⁸⁶ *Ibid*, S. 67

⁸⁷ *Belling*, Jurisdiktion, S. 24.

⁸⁸ *Wälde*, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), Aspects nouveaux, S. 68.

II. Kolonialzeit

1794 wurde infolge des Unabhängigkeitskrieges der „*Treaty of Amity, Commerce and Navigation (Jay Treaty)*“ zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika und England geschlossen. Dieser Vertrag sah u. a. ein Schiedsverfahren vor, um über Streitigkeiten betreffend das Eigentum eines Angehörigen eines Staates im anderen Staat zu entscheiden.⁸⁹ Auch wenn nie ein Schiedsspruch aufgrund des *Jay Treaty* erlassen wurde⁹⁰, gilt er als der Beginn des modernen Investitionsschutzes⁹¹. Die folgenden internationalen Abkommen befassten sich nicht spezifisch mit dem Investitionsschutz, sondern behandelten diesen nur im Zusammenhang mit dem Eigentumsschutz. Multilaterale oder bilaterale Abkommen regelten meist lediglich die Handelsbeziehungen und enthielten nur vereinzelt Vorschriften über den Schutz des Eigentums von Ausländern⁹². Die Vereinigten Staaten von Amerika schlossen zum Beispiel bilaterale „*Friendship, Commerce and Navigation*“ Abkommen, deren Zweck vor allem in der Aufnahme von Handelsbeziehung mit der anderen Vertragspartei lag.⁹³ Diese Abkommen enthielten Vorschriften, die eine „*full and perfect protection*“ ausschließlich für das Eigentum (nicht jedoch für Investitionen) der Angehörigen des einen Staates in dem anderen Staat garantierten und die eine Entschädigung im Falle einer Enteignung vorsahen⁹⁴.

Unter Völkergewohnheitsrecht etablierten sich verschiedene internationale Mindeststandards für ausländische Investitionen, wie der Inländergleichbehandlungsgrundsatz. Da die meisten Staaten das private Eigentumsrecht anerkannten und eine Entschädigungspflicht im Falle einer Enteignung vorsahen, bot der Grundsatz der Inländergleichbehandlung einen effektiven Schutz⁹⁵. Ein weitergehender Investitionsschutz, die *Calvo* Doktrin, konnte sich in vielen lateinamerikanischen Staaten gewohnheitsrechtlich etablieren: 1868 wurde nach Auseinandersetzungen zwischen lateinamerikanischen Staaten und den Herkunftsländern von Investoren aufgrund der Verstaatlichung des Schienennetzes in Teilen Lateinamerikas die *Calvo*-Regeln niedergeschrieben, die unter anderem besagten, dass ausländische Investitionen nicht mehr

⁸⁹ *Newcombe/Paradell*, Standards of Treatment, S. 7.

⁹⁰ *Manciaux*, Investissement étrangers, Fn. 5.

⁹¹ *Schlonauer*, in: Bernhardt (Hsg.), Encyclopedia, S. 110.

⁹² *Vandeveld*, 12 UC Davis Journal of International Law and Policy (2005), S.158.

⁹³ Vgl. z.B. den Treaty of Amity and Commerce Between the United States and France, February 6, 1778.

⁹⁴ *Vandeveld*, 12 UC Davis Journal of International Law and Policy (2005), S.159.

⁹⁵ *Brownlie*, Principles, S. 470.

Schutz als inländische Investitionen genießen sollten und ausschließlich die staatlichen Gerichte des Gastlandes für Investitionsstreitigkeiten zuständig sind⁹⁶.

Das übrige internationale Völkergewohnheitsrecht war unbestimmt und bot insgesamt keinen hohen Schutzgehalt für Investitionen⁹⁷. Es enthielt keine spezifischen Rechtsschutzmechanismen. Daher waren Ansprüche oft nur auf dem diplomatischen Weg durchzusetzen. Diese Erscheinung, die bis ins Mittelalter zurückgeht⁹⁸, war zu dieser Zeit der bedeutendste Investitionsschutzmechanismus⁹⁹: Im Falle einer Streitigkeit wandte sich der Investor an den auswärtigen Dienst seines Heimatstaates, damit dieser vom jeweiligen Gaststaat die Einhaltung seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen forderte. Dieser Schutz basierte auf der Annahme, dass die Verletzung der Rechte seiner Angehörigen zugleich die Verletzung des Herkunftsstaates selber darstellte, so dass dieser den Gaststaat auf Entschädigung verklagen konnte¹⁰⁰. Es stand im Ermessen der Staaten, die Anliegen ihrer Staatsbürger zu verfolgen. Sie konnten sich aus sachfremden Erwägungen dagegen entscheiden. Der Investor hatte somit keine Einflussmöglichkeit auf das Verfahren, obwohl es um die Verletzung seiner Rechte ging¹⁰¹. Wegen dieser Gefahr sowie wegen des großen zeitlichen Aufwands war der diplomatische Schutz für die Investoren nicht zufriedenstellend¹⁰².

Wenn keine Lösung auf diplomatischem Weg gefunden werden konnte, kam es manchmal zu gewaltsamen Konflikten. Dies geschah z. B. 1902, als Deutschland, Italien und Großbritannien ihre Kriegsschiffe nach Venezuela schickten, um Entschädigungsansprüche ihrer Staatsangehörigen gegen Venezuela einzutreiben¹⁰³.

Im 18. und 19. Jahrhundert erfolgten Investitionen vor allem im Kontext der Kolonialisierung. Die Rechtssysteme der kolonialisierten Gaststaaten waren oft im Rechtssystem der Kolonialmächte integriert, so dass die Investoren durch ihr Heimatrecht bereits hinreichend geschützt waren. Die Notwendigkeit eines selbstständigen Investitionsschutzes war daher gering¹⁰⁴. In dieser Zeit waren die wirtschaftlichen Beziehungen von wirtschaftlichem Nationalismus geprägt, und die Wirtschaftspolitik diente vor allem zur Stärkung der politischen Macht¹⁰⁵. Streitbeilegungsmechanismen im Bereich des Handels und der Investitionen spielten vor al-

⁹⁶ Bishop/Crawford/Reisman, *Foreign Investment Disputes*, S. 3; Vandevelde, 12 UC Davis Journal of International Law and Policy (2005), S.159.

⁹⁷ Vandevelde, 12 UC Davis Journal of International Law and Policy (2005), S.159.

⁹⁸ Brownlie, *Principles*, S. 521.

⁹⁹ Vandevelde, 12 UC Davis Journal of International Law and Policy (2005), S. 161.

¹⁰⁰ Newcombe/Paradell, *Standards of Treatment*, S. 5.

¹⁰¹ *Ibid.*, S. 6.

¹⁰² Redfern, in: Aksent/Böckstiegel/Mustill/Patocchi /Whitesell (Hrsg.): *Liber Amicorum Briner*, S. 666.

¹⁰³ *Ibid.*, S. 665.

¹⁰⁴ Sornarajah, *Foreign Investment*, S. 19.

¹⁰⁵ Vandevelde, 92 AM. J. INT'L L. 621 (1998), S. 622.

lem eine politische Rolle. Es ging darum, friedliche Beziehungen zwischen den Staaten zu gewährleisten. Der Investitionsschutz war vor allem Gegenstand politischer und imperialer Machtverhältnisse und diente als Instrument zur wirtschaftlichen Integration und zur Schaffung von *Global Governance*.¹⁰⁶

III. Beginn des 20. Jahrhunderts

Als „Geburtsstunde“ des Investitionsschutzes als selbstständiger Rechtsbegriff gilt der Beginn des 20. Jahrhunderts, als die großen Mächte internationale Schutznormen bezüglich des Eigentums der *Aliens* erließen.¹⁰⁷ Als *Aliens* wurden diejenigen bezeichnet, die der Rechtsgemeinschaft nicht angehörten, vorwiegend also Ausländer. Sie waren zu dieser Zeit weder rechtsfähig, noch wurden sie und ihr Eigentum geschützt.¹⁰⁸ Anfang des 20. Jahrhunderts versuchte man die Handelsbeziehungen und Investitionen von den politischen und imperialistischen Machtverhältnissen loszulösen und sie einer spezifischen juristischen Behandlung zu unterwerfen. 1907 wurde bei der zweiten Haager Konferenz das *Haager Abkommen betreffend die Beschränkung der Anwendung von Gewalt bei der Eintreibung von Vertragsschulden* beschlossen, das den Einsatz von Gewalt durch Staaten zur Durchsetzung der Ansprüche ihrer Staatsangehörigen gegen ausländische Staaten für völkerrechtlich unzulässig erklärte¹⁰⁹. Zugleich wurde die *Convention for the Pacific Settlement of International Disputes* beschlossen, die ein Schiedsgericht für Investitionsstreitigkeiten schuf, das den auf der ersten Haager Konferenz von 1899 gegründeten Permanent Court of Arbitration weiterentwickelte¹¹⁰. Es handelte sich jedoch um ein rein staatliches Verfahren, in dem der Herkunftsstaat des Investors vor dem Schiedsgericht dessen Interesse verteidigte.¹¹¹

Die wirtschaftliche und politische Instabilität in mehreren lateinamerikanischen Staaten Ende des 19. Jahrhunderts sowie die Umbrüche in Folge des ersten Weltkrieges führten zu vielen Investitionsstreitigkeiten. Das russische Verstaatlichungsdekret vom 26. Oktober 1917, das privates Landeigentum ohne Zahlung einer Entschädigung abschaffte, und die darauf folgende Nationalisierung von Banken und Industrien machte den Investitionsschutz durch den völkergewohnheitsrechtlichen Inländergleichbehandlungsgrundsatz zunichte, da die Nationalisie-

¹⁰⁶ Wälde, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. 69.

¹⁰⁷ Muchlinski, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), *Oxford Handbook*, S.4.

¹⁰⁸ Newcombe/Paradell, *Standards of Treatment*, S. 3.

¹⁰⁹ Bishop/Crawford/Reisman, *Foreign Investment Disputes*, S. 4.

¹¹⁰ Van den Hout, *Leiden Journal of International Law* 21 (2008), S. 644, 645.

¹¹¹ Redfern, in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi /Whitesell (Hrsg.), *Liber Amicorum Briner*, S. 665.

rungswelle in Russland Inländer und Ausländer gleichermaßen traf.¹¹² Man war daher bestrebt, ein institutionalisiertes Investitionsschutzforum mit eigenem Streitbeilegungsmechanismus zu schaffen, zumal der Ausbruch des ersten Weltkrieges die Grenzen einer Konfliktlösung auf politischer Ebene gezeigt hatte.¹¹³ 1922 wurde der Ständige Internationale Gerichtshof (*Permanent Court of Internationale Justice* - PCIJ) gegründet, der in den 1920/30er Jahren insbesondere durch drei wichtige Investitionsstreitigkeiten, *Oscar Chinn*¹¹⁴, *Chorzow Factory*¹¹⁵ und *Mavrommatis Palestine*,¹¹⁶ eine gewisse Kasuistik im Bereich des völkergewohnheitsrechtlichen Investitionsschutzes entwickelte. Der PCIJ erkannte das Recht des Staates, aus eigenem Recht über seine Angehörigen diplomatischen Schutz auszuüben, als ein grundlegendes Prinzip des Völkerrechts an¹¹⁷. Ferner legte er die Grundsätze einer Pflicht zur angemessenen Entschädigung fest.¹¹⁸ Bestrebungen, den Rechtsweg zu diesem Gericht auch Privaten zu eröffnen, konnten nicht realisiert werden.¹¹⁹ Klagen von Privaten gegenüber Staaten fanden weiterhin nur vereinzelt vor *ad-hoc* Schiedsgerichten statt, die jedoch nur zeitlich begrenzt spezifische Streitigkeiten behandelten und politisch motiviert waren, denn es ging in der Regel darum, die Angehörigen der Siegermächte zu entschädigen.¹²⁰

Auf der materiellrechtlichen Ebene entwickelte sich im Völkergewohnheitsrecht die sogenannte *Hull Rule*, die einen Enteignungsschutz vorsah. Sie war der Gegenpart zur Calvo Doctrine und entstand in den dreißiger Jahren anlässlich eines Streites zwischen den USA und Mexiko über Eigentum amerikanischer Investoren, die von Mexiko enteignet wurden. Der damalige US Staatssekretär Hull äußerte: „*no government is entitled to expropriate private property, for whatever purpose, without provision for prompt, adequate and effective payment therefore*“.¹²¹ Daraus wurden die völkergewohnheitsrechtliche Entschädigungspflicht bei Enteignung sowie deren Maßstäbe hergeleitet.¹²² Zwischen den Entwicklungsländern, die der *Calvo* Doktrin folgten, und kapitalexportierenden Staaten, die sich der *Hull Rule* anschlossen, entstand in der Folge ein Spannungsverhältnis.

¹¹² Lowenfeld, *International Economic Law*, S. 470.

¹¹³ Wälde, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. 69.

¹¹⁴ *Oscar Chinn*, Permanent Court of International Justice, Judgment of December 12th, 1934.

¹¹⁵ *Chorzów*, Permanent Court of International Justice, Judgment of September 13th, 1928.

¹¹⁶ *Mavrommatis Palestine Concessions*, Permanent Court of International Justice, Judgment of August 30, 1924.

¹¹⁷ *Mavrommatis Palestine Concessions*, Permanent Court of International Justice, Judgment of August 30, 1924; *Panevezys-Saldutiskis Railway Case* (1939) PCIJ Ser. A/B, No. 76, S.14.

¹¹⁸ *Chorzów*, Permanent Court of International Justice, Judgment of September 13th, 1928.

¹¹⁹ *Manciaux*, *Investissement étrangers*, S. 3.

¹²⁰ *Ibid*, S. 2.

¹²¹ *Neumayer/Spess*, *World Development*, Elsevier vol.33 (2005), S. 8.

¹²² *Guzman*, *Virginia Journal of International Law* 38 (1997), S. 641.

IV. Ende des zweiten Weltkrieges – Untergang der Sowjetunion

Geleitet von der Erkenntnis, dass die Wirtschaftskrise in den 1930er Jahren unter anderem Folge eines übersteigerten nationalen Protektionismus war, ergriff der Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen (ECOSOC) im Jahre 1947 die Initiative, eine internationale Konvention über ausländische Investitionen zu schaffen. Diese sollte sich mit dem Schutz der wirtschaftlichen und sozialen Interessen sowohl der Gaststaaten als auch der Investoren befassen. Das Projekt wurde allerdings nicht abgeschlossen, sondern durch die *Havanna Charter for an International Trade Organisation* von 1948 ersetzt.¹²³ Diese auf der Havanna-Konferenz von 54 Staaten unterschriebene Charta sollte die Gründung einer Welthandelsorganisation nach sich ziehen. In ihrem komplexen Artikel 12¹²⁴ verpflichteten sich die unterzeichnenden Staaten, ausländische Investitionen zu schützen und zu fördern und alle unverhältnismäßigen und diskriminierenden Maßnahmen zu unterlassen. Doch wurde diese Charta letztendlich nicht ratifiziert, denn für manche Staaten gingen die den Staaten eingeräumten Verfügungs- und Beschränkungsmöglichkeiten über fremde Investitionen zu weit¹²⁵. Auch war die Charta unbestimmt formuliert und es lag im Ermessen der Staaten, welche Maßnahmen gerechtfertigt waren¹²⁶. Allerdings konnte man sich auf ein multilaterales allgemeines Zoll- und Handelsabkommen, das GATT¹²⁷, einigen, durch das der Handel liberalisiert wurde und die Handelsbeziehungen nicht mehr auf der bilateralen, sondern auf der multilateralen Ebene geschützt wurden. Dies hatte eine stärkere Trennung von Investitionsschutzrecht und Welthandelsrecht zur Folge. Während zuvor das Investitionsschutzrecht oft Teil der Regelungen der Handelsbeziehungen war,¹²⁸ war dies seit der Schaffung des GATT kaum mehr der Fall. Denn nunmehr existierte ein internationales Regelwerk für den Welthandelsverkehr, das den Bedarf für bilaterale Handelsabkommen einschränkte.

Nach dem Ende des zweiten Weltkrieges rückte der Eigentumsschutz verstärkt in den Mittelpunkt und wurde 1948 in Art. 17¹²⁹ der UN-Menschenrechtscharta verankert. Diese Erklärung

¹²³ UN Havana Charter (1948)

¹²⁴ “ (...) Members therefore undertake (...):

(i) to provide reasonable opportunities for investments acceptable to them and adequate security for existing and future investments, and
(ii) to give due regard to the desirability of avoiding discrimination as between foreign investments”.

¹²⁵ Vgl. Art. 12.1 (c) UN Havana Charter (1948).

¹²⁶ Lowenfeld, *International Economic Law*, S. 482.

¹²⁷ GATT (1947).

¹²⁸ Vgl.: Teil I, B. II.; Vandeveld, 12 UC Davis Journal of International Law and Policy (2005), S. 162.

¹²⁹ Art. 17 UN- Menschenrechtscharta (1948):

(1) Everyone has the right to own property alone as well as in association with others.

hatte als *Resolution* der Generalversammlung allerdings nur Programmcharakter und war völkerrechtlich nicht bindend¹³⁰. Im Mai 1948 wurde versucht, ein investitionsspezifisches Abkommen, das *Economic Agreement of Bogota*, zu schließen. Dessen Kapitel IV beinhaltete detaillierte Bestimmungen über den Investitionsschutz, so etwa auch eine Verpflichtung zur billigen und nichtdiskriminierenden Behandlung von fremden Investoren.¹³¹ Jedoch scheiterte seine Ratifizierung ebenfalls.¹³² Die Internationale Handelskammer (ICC) verabschiedete 1949 den *International Code of Fair Treatment for Foreign Investors*.¹³³ 1959 wurde von einer Gruppe europäischer Wirtschaftsführungskräfte und Juristen unter der Leitung von Dr. Abs und Lord Shawcross eine *Draft Convention on Investments Abroad* verfasst. Dieser Entwurf enthielt Regeln zur Behandlung ausländischer Investitionen; er hatte auf spätere Konventionsentwürfe einen großen Einfluss.¹³⁴ 1961 legten die Professoren Sohn und Baxter einen weiteren Entwurf, die *Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens*, vor. Dieser Entwurf, der unter anderem ein Diskriminierungsverbot und Verfahrensgarantien für beeinträchtigte Ausländer vorsah, spielte ebenfalls eine wichtige Rolle in der Entwicklung des internationalen Investitionsrechts.¹³⁵ Die Schaffung eines materiell- und verfahrensrechtlichen Investitionsschutzes wurde dringend notwendig, da aufgrund der Umwandlung der Wirtschaftsordnungen vieler Staaten in soziale Planwirtschaften, der Entkolonialisierung und der Verstaatlichung von Konzessionen über natürlichen Ressourcen die Anzahl der Investitionsstreitigkeiten stark zunahm, insbesondere in Libyen, Iran, Saudi-Arabien und Chile.¹³⁶ Im Zuge des Übergangs zu einer sozialen Planwirtschaft und der Entkolonialisierung wurden ganze Industriezweige verstaatlicht und viele Vermögenswerte und Investitionen enteignet.¹³⁷ So verstaatlichte Kuba ab dem Jahr 1959 seine Landwirtschaft und weite Teile seiner Industrie; dabei wurden vor allem amerikanische Investoren enteignet. Der Suez Kanal wurde von Ägypten verstaatlicht. Auch die Ölindustrie wurde von Verstaatlichungsmaßnahmen getroffen. So wurde zum Beispiel im Jahre 1951 die britische *Anglo-Iranian Oil Company* durch den iranischen Ministerpräsidenten Mossadegh enteignet.¹³⁸

Die Sowjetunion förderte in den Entwicklungsländern eine Emanzipation von der liberalen Marktwirtschaft. Dementsprechend waren die im Zuge der Entkolonialisierung neu entstan-

(2) No one shall be arbitrarily deprived of his property

¹³⁰ Görs, Investitionsrecht, S.55.

¹³¹ Patzina, Enteignungsrisiko, S. 103.

¹³² Bishop/Crawford/Reisman, Foreign Investment Disputes, S. 4.

¹³³ ICC-Code (1949).

¹³⁴ Schwarzenberger, International Law, S. 110.

¹³⁵ Bishop/Crawford/Reisman, Foreign Investment Disputes, S. 5.

¹³⁶ Ibid, S. 4.

¹³⁷ Newcombe/Paradell, Standards of Treatment, S. 18.

¹³⁸ Lowenfeld, International Economic Law, S. 484.

denen Staaten ausländischen Investitionen gegenüber oft skeptisch.¹³⁹ Diese wurden als eine Form der politischen Einflussnahme und eine Fortsetzung des Kolonialismus durch eine Kontrolle der inländischen Ressourcen und Produktionsmittel aufgefasst.¹⁴⁰ Diese Länder verfolgten daher oft eine Politik der Importsubstitution, die lokale Produkte favorisierte und Importe kaum zuließ¹⁴¹. Andere Staaten verboten ausländische Investitionen in strategisch wichtigen Wirtschaftsgebieten oder knüpften deren Zulassung an Auflagen.¹⁴²

Die Formulierung eines internationalen Investitionsschutzes war damit nach dem zweiten Weltkrieg nicht konsensfähig, da ein Investitionsschutz auf der Basis des Eigentumsschutzes der Ideologie der Staaten der sowjetischen Einflusszone widersprach und die entkolonialisierten Ländern die Befürchtung hatten, der Investitionsschutz würde vor allem den Interessen der ehemaligen Kolonialmächte dienen.¹⁴³ Das Spannungsverhältnis zwischen Entwicklungsländern und entwickelten Ländern war nicht zu überwinden.

Angesichts dieser Schwierigkeiten versuchten die kapitalexportierenden Nationen, die gleichwohl ein großes Bedürfnis nach Investitionsschutz sahen, Investitionen auf bilateraler Ebene zu schützen. So schloss Deutschland 1959 mit Pakistan den ersten BIT. Weitere BITs wurden 1960 von Frankreich, 1961 von der Schweiz, 1963 von den Niederlanden, 1964 von Italien und Belgien, 1965 von Schweden und Dänemark und 1966 von Norwegen geschlossen. Diese Abkommen enthielten oft Schiedsklauseln zum *International Court of Justice*. Allerdings sahen sie nur zwischenstaatliche Verfahren vor, die erst nach Erschöpfung des nationalen Rechtswegs durch den Investor durchgeführt werden konnten.¹⁴⁴ Die Situation änderte sich nach der Schaffung der *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States* (ICSID Konvention) am 18. März 1965. Hiermit wurde ein institutioneller Rahmen für die Beilegung von Investitionsstreitigkeiten durch ein Vergleichs- und Schiedszentrum, das *International Centre for the Settlement of Investment Disputes*, geschaffen. Die ICSID Konvention schuf ein Verfahren, das Investoren erlaubte, unmittelbar gegen den Gaststaat vorzugehen; sie trug damit zur Entpolitisierung des Investitionsschutzes bei.¹⁴⁵

Seit 1962 befasste sich auch die OECD¹⁴⁶ mit dem Problem des Investitionsschutzes. Die ICSID Konvention hatte sich mit der Frage des materiell rechtlichen Schutzes nicht beschäf-

¹³⁹ Shihata, selected essays, S. 242.

¹⁴⁰ Sornarajah, Foreign Investment, S. 22 ff.

¹⁴¹ Vandevelde, 12 UC Davis Journal of International Law and Policy (2005), S. 166.

¹⁴² Bishop/Crawford/Reisman, Foreign Investment Disputes, S. 4.

¹⁴³ Manciaux, Investissement étrangers, S. 6.

¹⁴⁴ Vandevelde, 12 UC Davis Journal of International Law and Policy (2005), S. 165.

¹⁴⁵ Shihata, 1 ICSID Rev. (1986), S.1.

¹⁴⁶ Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung.

tigt, so dass diesbezüglich weiterhin Handlungsbedarf bestand.¹⁴⁷ 1967 stellte die OECD ihre *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*¹⁴⁸ vor. Sie wurde nicht angenommen, da auf der multilateralen Ebene, anders als hinsichtlich des „wertneutralen“ verfahrensrechtlichen Schutzes, keine Einigung über den materiellrechtlichen Gehalt der internationalen Schutzstandards erzielt werden konnte.¹⁴⁹ Allerdings orientierten sich viele OECD Mitgliedsstaaten bei der Gestaltung ihre BITs an dem Entwurf.¹⁵⁰ Aufgrund der stetig steigenden Auslandsverschuldung und der Unterschiede in Wirtschaftskraft und Lebensbedingungen zwischen den Industrie- und den Entwicklungsländern war die UN bestrebt, die internationalen Wirtschaftsbeziehungen zwischen Entwicklungsländern und Industrienationen zugunsten der Entwicklungsländer zu reformieren. Im Mai 1974 gab die UN-Vollversammlung, die von dem sowjetischen Block und den neuen entkolonialisierten Staaten dominiert war, eine Erklärung über die Errichtung einer neuen internationalen Wirtschaftsordnung ab, die *Declaration on the Establishment of a New International Economic Order* (NIEO)¹⁵¹. Die Deklaration erklärte die Staaten für vollständig souverän. Das umfasste insbesondere ihr Recht, natürliche Ressourcen zu nationalisieren.¹⁵² Am 12. Dezember 1974 wurde ferner von der UN-Generalversammlung durch die Resolution 3281 die *United Nations Charter of Economic Rights and Duties of States* verabschiedet.¹⁵³ Diese Charta bestätigte in Art. 2.2¹⁵⁴ die Möglichkeit der Enteignung als Ausfluss der nationalen Souveränität, sah allerdings eine Entschädigungspflicht vor, die sich nach nationalem Recht richtete. Die zwischen den kapitalexportierenden und -importierenden Ländern kontrovers diskutierte Frage, ob das Völkergewohnheitsrecht den Gaststaaten gewisse Mindeststandards bei der Behandlung von fremden Investoren auferlegt,¹⁵⁵ wurde in Art. 2.2 verneint. Im Jahre 1976 wurde schließlich noch die *Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*¹⁵⁶ von den OECD Mitgliedstaaten verabschiedet. Dieser Kodex beinhaltet einen Katalog von Leitsätzen, der

¹⁴⁷ Schwarzenberger, International Law, S. 151.

¹⁴⁸ OECD-Draft Convention (1967).

¹⁴⁹ Dolzer/Stevens, Bilateral Investment Treaties, S. 2.

¹⁵⁰ *Ibid.*, S. 2.

¹⁵¹ UN-Resolution N. 3201 (1974); Siehe dazu: Wälde, in: Hafner (Hrsg.), *Liber Amicorum* Seidl-Hohenveldern, S. 771 ff.

¹⁵² Brownlie, Principles, S. 542.

¹⁵³ UN-Charter (1974).

¹⁵⁴ “Each State has the right:

To regulate and exercise authority over foreign investment (...) in conformity with its national objectives and priorities. (...);

To regulate and supervise the activities of transnational corporations (...) and take measures to ensure that such activities comply with its laws (...) and conform with its economic and social policies;

To nationalize, expropriate (...) foreign property, in which case appropriate compensation should be paid (...). (...) the question of compensation (...) shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals (...).”

¹⁵⁵ Salacuse, 24 Int'l Law (1990), S. 660.

¹⁵⁶ OECD-Declaration (1976).

transnationalen Unternehmen gewisse Pflichten auferlegt.

V. Nach dem Untergang der Sowjetunion

In den 80er Jahren verlor der Konflikt zwischen kapitalexportierenden und kapitalimportierenden Staaten an Schärfe. Aufgrund des Zusammenbruchs der Sowjetunion, der Transition der ehemaligen Ostblockstaaten in Marktwirtschaften, sowie des rasanten wirtschaftlichen Wachstums asiatischer Länder, der durch eine investitionsfreundliche und liberale Wirtschaftspolitik in den 80er und 90er Jahren bedingt war, öffneten sich viele Entwicklungsländer gegenüber fremden Investitionen.¹⁵⁷ Eine Darlehens- und Finanzkrise führte ferner in den 80er Jahren dazu, dass öffentliche Gelder zur Entwicklungshilfe nur beschränkt verfügbar waren. Hinzu kam, dass mit dem Ende der bipolaren Welt die Großmächte Geld weniger als politisches Mittel einsetzten. Daher waren die Entwicklungsländer zunehmend auf den Kapitalzufluss von multinationalen Firmen und auf ausländische Investitionen angewiesen.¹⁵⁸ Während in den 60er und 70er Jahren Entwicklungsländer ausländischen Investitionen mit Skepsis begegnet waren, setzte sich nun zunehmend die Ansicht durch, dass Investitionen ein sehr wichtiger Katalysator für wirtschaftliche Entwicklung sein können.¹⁵⁹ Diese Tendenz wurde dadurch verstärkt, dass Investitionen in Form von Joint Ventures zur Umwandlung der Plan- in eine Marktwirtschaft in den Ländern der ehemaligen UDSSR beitrugen.¹⁶⁰ Eine marktwirtschaftlich orientierte Entwicklungspolitik verbreitete sich und führte zu Liberalisierung, Privatisierung und Deregulierung und somit zu einem günstigen Klima für Investitionen.¹⁶¹ Es entwickelte sich zwischen den Entwicklungsländern ein Konkurrenzkampf um ausländische Investitionen, der zur Folge hatte, dass viele Länder Investitionsanreize - so z.B. steuerliche Vorteile - schufen¹⁶² und ihr Investitionsrecht liberalisierten und investitionsfreundlich gestalteten.¹⁶³ In diesem investitionsfreundlichen Klima konnte leichter ein Konsens gefunden werden. Infolgedessen wurden zunehmend bi- und multilaterale Investitionsschutzabkommen geschlossen. Während der Uruguay Runde des GATT rückten der Handelsverkehr und die Investitionen wieder enger zusammen. So wurde das *Allgemeine Abkommen*

¹⁵⁷ Vandevelde, 12 UC Davis Journal of International Law and Policy (2005), S. 177.

¹⁵⁸ Sornarajah, Foreign Investment, S.53; UNCTAD (1992), World Investment Report, S.101; Vandevelde, 12 UC Davis Journal of International Law and Policy (2005), S. 178.

¹⁵⁹ Shihata, 6 ICSID Rev. FILJ (1991), S. 488.

¹⁶⁰ Ibid, S. 488.

¹⁶¹ Muchlinski, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), Oxford Handbook, S.4.

¹⁶² Shihata, selected essays, S. 243.

¹⁶³ Kahn/Wälde, in : Kahn/Wälde (Hrsg.), Aspects nouveaux, S. XXX.

über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) geschlossen, das den grenzüberschreitenden Handel mit Dienstleistungen liberalisierte. Durch die Gewährung des freien Dienstleistungsverkehrs wurden zugleich Investitionen geschützt. Denn oft werden Dienste in einem fremden Staat durch eine Niederlassung, die zugleich eine Investition darstellt, geleistet. Durch das GATS unterliegen alle dienstleistungsbezogenen Investitionen der Kompetenz der WTO.¹⁶⁴

Des Weiteren soll das *Agreement on Trade-Related Investment Measures* (TRIMs)¹⁶⁵ alle investitionsbezogenen Maßnahmen unterbinden, die einen Verstoß gegen das GATT 1994 darstellen. Es ist hiernach z.B. unzulässig, Investition von einer national begünstigenden Auflage abhängig zu machen.¹⁶⁶ 1989 wurde erstmals in Art. 27 der Neufassung des Handelsabkommens der Europäischen Union mit afrikanischen, karibischen und pazifischen Ländern (Lomé IV)¹⁶⁷ die Frage des Investitionsschutzes geregelt.¹⁶⁸ Lomé IV gilt als ein großer Schritt zu einem multilateralen Investitionsschutz.¹⁶⁹ 1992 erließ die Weltbank ihre *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* und im selben Jahr wurde das *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika, Kanada und Mexiko geschlossen. 1994 wurde von über 30 Ländern der *Energy Charter Treaty* unterschrieben. 1994 wurde in zwei Protokollen zum MERCOSUR die Frage der ausländischen Investitionen im MERCOSUR Binnenmarkt geregelt¹⁷⁰. In den 1990er Jahren wurden ferner in Asien von der Asian-Pacific Economic Cooperation (APEC) die *Non-Binding Investment Principles* erlassen.¹⁷¹

In diesem investitionsfreundlichen Klima unternahm im September 1995 die OECD den Versuch, ein multilaterales Abkommen über Investitionen, das *Multilateral Agreement on Investment* (MAI), zu schaffen. Es sollte aus den vielen bilateralen und regionalen Investitionsschutzabkommen ein einheitliches Regelwerk schaffen, um einen weltweiten verlässlichen Rahmen für Auslandsinvestitionen zu schaffen.¹⁷² Durch das MAI sollte das Investitionsregime liberalisiert, ein hoher Investitionsschutzstandard gewährt und ein Streitbeilegungsme-

¹⁶⁴ Vandevelde, 12 UC Davis Journal of International Law and Policy (2005), S. 176

¹⁶⁵ Abrufbar unter: http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/18-trims.pdf (Stand: 01.01.10).

¹⁶⁶ http://www.wto.org/english/tratop_e/invest_e/invest_e.htm (Stand: 01.01.10).

¹⁶⁷ Lomé IV (1998).

¹⁶⁸ Article 27 Lomé IV

”The Contracting Parties agree to facilitate greater, more stable flows of resources from the private sector to the ACP States by taking measures to improve the access of ACP States to capital markets and to encourage European private investment in ACP States.

The Contracting Parties underline the need to promote, protect, finance and support investment and to provide equitable and stable conditions for the treatment of such investment.”

¹⁶⁹ Shihata, selected essays, S. 255.

¹⁷⁰ Bishop/Crawford/Reisman, Foreign Investment Disputes, S. 6.

¹⁷¹ Ibid, Foreign Investment Disputes, S. 6.

¹⁷² Görs, Investitionsrecht, S. 139.

chanismus bereitgestellt werden.¹⁷³ Obwohl das MAI im Wesentlichen die bereits bestehenden Regelungen des Investitionsschutzes aus den WTO-Abkommen übernahm und den Inhalt vieler bilateraler Schutzabkommen wiedergab, scheiterte der Versuch 1998. Das Abkommen war nicht konsensfähig, da es für jedes Lager unbefriedigend war. Man kritisierte die fehlende Transparenz und die unbestimmte Zielrichtung des Abkommens.¹⁷⁴ Außerdem wurde befürchtet, dass durch das MAI große Konzerne nicht nur wirtschaftliche, sondern auch politische Macht erlangen könnten und dass die Souveränität der Staaten dadurch begrenzt sein würde, insbesondere, weil die Staaten förderungswürdige kleine Betriebe oder regional schwache Regionen nicht mehr unterstützen können würden. Von den Entwicklungsländern wurde das MAI als ein Versuch abgelehnt, imperialistische Machtpolitik zu betreiben und das Entstehen einer eigenen Wirtschaftspolitik der Entwicklungsländer zu unterbinden. Trotz der ständig wachsenden Auslandsinvestitionen konnten sich die Staaten bis heute nicht auf die Verabschiedung eines multilateralen Investitionsabkommen einigen. Der Investitionsschutz erfolgt auf der materiell rechtlichen Ebene weiterhin in einem großen Netz von bi- und multilateralen Verträgen.

¹⁷³ *Ibid*, S. 141-143.

¹⁷⁴ *Ibid*, S. 139.

§ 3 Dimension des modernen Investitionsschutzes

"[A]n underdeveloped country is well-advised to take any and all measures which, on the ground of good reasoning, can be proved to enhance its own economic welfare, but it should carefully avoid policy measures which are not nationally beneficial in their total and ultimate effects. (...) It is a policy of self-defeatism, which a poor country least of all can afford, to build up barriers against the richer world's civilization and values".¹⁷⁵

Diese Aussage zeigt das Spannungsverhältnis, in dem sich Staaten befinden, wenn es darum geht, ihr Verhältnis zu ausländischen Investitionen zu definieren und zu regeln. Die Lösung dieses Spannungsverhältnisses wird zunehmend auf internationaler Ebene vollzogen. Die Geschichte des Investitionsschutzes zeigt, dass der Schutz ausländischer Investoren Auslöser von internationalen Konflikten war. In der Ausgestaltung von Investitionsschutzrechten spiegeln sich gegensätzliche Ideologien wider. Der Inhalt und die Protagonisten dieser Konflikte wandelten sich im Laufe der Zeit. Aus einem Konflikt zwischen imperialen Mächten und Kolonialstaaten wurde ein Konflikt zwischen kommunistischen und kapitalistischen Ideologien und schließlich ein Konflikt zwischen entwickelten Ländern und Entwicklungsländern. Neuerdings scheint sich der Investitionsschutz entpolitisiert zu haben.¹⁷⁶ Dafür erlangt die wirtschaftliche Dimension bei der Gestaltung der nationalen Investitionsrechte eine größere Bedeutung: Das nationale Investitionsrecht als Ergebnis einer rechtspolitischen Entscheidung bestimmt sich regelmäßig nach der ökonomischen Ideologie und Entwicklungsstrategie des erlassenden Staates.¹⁷⁷ Zugleich geht es darum, sich als Staat im Globalisierungsprozess zu positionieren. Während der internationale Investitionsschutz früher von dem Gedanken der Staatssouveränität geprägt war, haben sich heute die internationalen Beziehungen und dadurch der Investitionsschutz globalisiert.¹⁷⁸ Der Investitionsschutz verknüpft durch die Förderung transnationaler Investitionen die nationalen Wirtschaften. Somit dient er dem Globalisierungsprozess¹⁷⁹ und kann zugleich dessen negative Effekte lenken und dämpfen.¹⁸⁰

Während in den letzten 20 Jahren die Entwicklungen im Investitionsschutz auf dem Konsens beruhten, dass Investitionen ein Katalysator für die ökonomische Entwicklung sind und dass

¹⁷⁵ Dr. Gunnar Myrda zitiert nach: Hyde, Recueil des Cours, Vol. 105 (1962), S. 349.

¹⁷⁶ Shihata, 1 ICSID Rev. (1986), S.1.

¹⁷⁷ Horchani, Journal de Droit International (2004), S.368.

¹⁷⁸ Ibid, S.372.

¹⁷⁹ UNCTAD (2005), World Investment Report, S. XXIV, 99ff.

¹⁸⁰ Horchani, Journal de Droit International (2004), S.372.

die potentiellen negativen Wirkungen von Investitionen kontrolliert werden können,¹⁸¹ stellen immer mehr Stimmen diese Prämisse in Frage. Ein teilweise zu aggressiver Neoliberalismus und die Unsicherheiten hinsichtlich der weiteren Verfügbarkeit wichtiger Rohstoffe, insbesondere im Energiebereich, haben zu einem Umdenken im Investitionsschutz geführt.¹⁸² Auch die sukzessiven Wirtschaftskrisen in Russland, Mexiko, Asien und Argentinien und nun die weltweite Finanzkrise haben den Glauben an den wirtschaftlichen Liberalismus erschüttert und den Ruf nach einer verstärkten Kontrolle des Kapitalflusses als Mittel gegen solche Krisen gestärkt.¹⁸³ Es wird ferner deutlich, dass die Globalisierung der Wirtschaft bestehende Probleme, wie Armut, nicht beseitigt, sondern teilweise verschärft hat und neue Herausforderungen, wie die Klimakatastrophe oder die Knappheit von Energieressourcen, hinzugetreten sind. Deswegen rücken heute neben den ökonomischen auch anderen Kriterien, wie Umweltschutz oder gerechte Güterallokation, verstärkt in den gesellschaftspolitischen Fokus.

¹⁸¹ *Shihata*, selected essays, S. 242.

¹⁸² *Kahn/Wälde* (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. XXXII.

¹⁸³ *Sornarajah*, *Foreign Investment*, S. 27.

TEIL II

ENTWICKLUNGSDIMENSION DES INVESTITIONSSCHUTZES

§ 4 Unmittelbare Entwicklungsdimension: Entwicklung als Ziel des Investitionsschutzes

Im Folgenden wird untersucht, inwieweit der Investitionsschutz aus seinem Schutzgehalt und seiner Zielsetzung heraus entwicklungsfördernd ist. Es wird mithin der Frage nachgegangen, ob neben dem Schutz von Investitionen auch die Entwicklungsförderung unmittelbarer Gegenstand des Investitionsschutzrechtes ist.

Man bezeichnet, vor allem in der englischsprachigen Literatur, als „entwicklungsorientierte Normen“¹⁸⁴ solche Bestimmungen in Investitionsschutzmechanismen, die gewährleisten, dass Liberalisierung und Globalisierung zugleich die Entwicklung der Gaststaaten fördern,¹⁸⁵ und die dem Investitionsschutz eine Entwicklungsdimension verleihen. Solche Normen, die neben dem Schutz von Investition auch einen Entwicklungsbeitrag sicherstellen wollen, sind in manchen Investitionsschutzabkommen vorhanden (vgl. I). Dieser Entwicklungsbeitrag ist vorrangig wirtschaftlicher Art. Es kann jedoch auch ein Beitrag zu sozialen Standards, dem Gesundheitswesen oder dem Umweltschutz gefordert sein. Über die wirtschaftliche Entwicklung hinausgehend wird insoweit die Nachhaltigkeit der Entwicklung gefördert.

Entwicklungsorientierte Normen können auf zweierlei Art und Weise zum Tragen kommen. Sie können zum einen ausdrücklich einen positiven Entwicklungsbeitrag im Gaststaat fordern. Zum anderen können sie negative Auswirkungen von Investitionen auf die Entwicklung im Gaststaat verhindern. Dies kann dadurch geschehen, dass sie eine Prüfung vorsehen, ob Investitionen den Entwicklungszielen des Gaststaates nicht entgegenstehen und auf besonders wichtige Schutzgüter keinen negativen Einfluss haben (vgl. II). Die Realisierung dieser Entwicklungsdimension durch entsprechende nationale, bilaterale, regionale und multilaterale Gesetze, Abkommen und Konventionen wird als eine notwendige Herausforderung der internationalen Gemeinschaft gesehen.¹⁸⁶ Zugleich ist aber zweifelhaft, inwiefern investitionsschützende Normen tatsächlich eine unmittelbare Entwicklungsdimension entfalten (vgl. III).

¹⁸⁴ „*Development-oriented provisions*“.

¹⁸⁵ Robinson, *Transnational Corporations*, Vol. 7, No. 1 (2008), S. 85.

¹⁸⁶ Fatouros, in: Hafner (Hrsg.), *Liber Amicorum* Seidl-Hohenveldern, S. 132.

I. Positive Entwicklungsziele des Investitionsschutzes: Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung

1. Im Investitionsschutzrecht

a) Entwicklungsdimension der ICSID Konvention

Die Auslegung der ICSID Konvention richtet sich nicht nach der später in Kraft getretenen *Vienna Convention on the Law of Treaty* (WVK)¹⁸⁷, sondern nach Völkergewohnheitsrecht. Allerdings orientiert sich das anwendbare Völkergewohnheitsrecht an der WVK,¹⁸⁸ so dass die ICSID Konvention entsprechend den dort niedergelegten Grundsätzen auszulegen ist. Gemäß Art. 31 (1) WVK¹⁸⁹ ist der Wortlaut der ICSID Konvention kontextbezogen im Lichte ihrer Ziele auszulegen.¹⁹⁰ Der Kontext umfasst gem. Art. 31 (2)¹⁹¹ auch die Präambel und die Annexe der Konvention. Nach Art. 32¹⁹² können darüber hinaus sekundäre Quellen wie die *Travaux Préparatoires* und die Rahmenumstände des Abkommensschlusses zur Auslegung herangezogen werden. Im ersten Artikel der Präambel der ICSID Konvention, der entsprechend Art. 31 (2) WVK bei der Auslegung der Konvention heranzuziehen ist, heißt es:

„The Contracting States

Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein;”¹⁹³

¹⁸⁷ Art. 4 Vienna Convention.

¹⁸⁸ Endicott, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development*, S. 382.

¹⁸⁹ “A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.”

¹⁹⁰ *Amerasinghe*, 19 *Indian Journal of International Law* (1979), S. 167.

¹⁹¹ “The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:

(a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;

(b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.”

¹⁹² „Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.“

¹⁹³ ICSID Convention (1965).

Aus diesem Motiv kann geschlossen werden, dass Investitionen insoweit zu fördern sind, als sie zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gastlandes beitragen.¹⁹⁴ Dies ist im Rahmen der Auslegung der ICSID Konvention zu berücksichtigen.¹⁹⁵ Die Entwicklungsdimension wird sowohl von den Exekutivdirektoren als auch vom damaligen Generalsekretär der ICSID Konvention als deren Ziel erklärt. Dies belegen folgende Zitate:

“In submitting the attached Convention to governments, the Executive Directors are prompted by the desire to strengthen the partnership between countries in the cause of economic development.”¹⁹⁶

„Moreover, ICSID should not be solely regarded as a mechanism for the settlement of investment disputes. Its paramount objective is to promote a climate of mutual confidence between investors and States favorable to increase the flow of resources to developing countries under reasonable conditions.(...) ICSID must be regarded as an instrument of international policy for the promotion of investments and of economic development.”¹⁹⁷

In der älteren Literatur wurde die Entwicklungsförderung teilweise als Hauptziel der ICSID Konvention angesehen:

“The purpose of the Convention is primarily to promote foreign private investment in less developed countries as a means to development by providing a forum for the settlement of disputes.”¹⁹⁸

Bei der Auslegung der ICSID Konvention muss ferner berücksichtigt werden, dass das ICSID Teil der Weltbankgruppe ist, deren Kernaufgabe die Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung von weniger entwickelten Mitgliedsländern und die Umsetzung von internationalen

¹⁹⁴ *Grisel*, OECD Global Forum on International Investment 2008, S. 3.

¹⁹⁵ *Endicott*, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), Sustainable Development, S. 383.

¹⁹⁶ ICSID Report of the Executive Directors (1965), Rn. 12.

¹⁹⁷ *Shihata*, 1 ICSID Rev. (1986), S. 4.

¹⁹⁸ *Amerasinghe*, 19 Indian Journal of International Law (1979), S.180.

Entwicklungszielen ist.¹⁹⁹ Diesen Zielen ist bei der Auslegung der ICSID Konvention Rechnung zu tragen. In früheren Entscheidungen haben auch ICSID Schiedsgerichte diese Dimension hervorgehoben. So heißt es in *Amco v. Indonesia*:

“Thus the convention is aimed to protect, to the same extent and with the same vigour the investor and the host state, not forgetting that to protect investments is to protect the general interest of development and of developing countries.”²⁰⁰

Eine Analyse der ICSID Entscheidungen, die im Zeitraum von 1966 bis 1990 ergangen sind, zeigt, dass Schiedsgerichte auch in anderen Fällen bestrebt waren, private Investitionen zu schützen, die potentiell fördernd für die Entwicklung von Entwicklungsländern waren.²⁰¹

b) Entwicklungsdimension der Investitionsschutzabkommen

Die meisten BITs nehmen in ihrer Präambel Bezug auf die Entwicklung: So zielt etwa der deutsche Model BIT auf eine Wohlstandsmehrung in beiden beteiligten Staaten:

“Recognizing that the encouragement and contractual protection of such investments are apt to stimulate private business initiative and to increase the prosperity of both nations”²⁰²

Auch der französische Model BIT, der Model BIT der USA und viele weitere BITs²⁰³ setzen sich die wirtschaftliche Entwicklung als Ziel. So heißt es im französischen Model BIT:

¹⁹⁹

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/EXTABOUTUS/ORGANIZATION/BODEXT/EXTEDS05/0,,contentMDK:21906394~pagePK:64099144~piPK:64099061~theSitePK:380676,00.html> (Stand:01.01.10).

²⁰⁰ *Amco v. Indonesia*, ICSID Decision on Jurisdiction of September 25, 1983, Rn. 23.

²⁰¹ *Bliesener*, *Revue de Droit international et de Droit compare* 65 (1991), S. 134.

²⁰² BIT (2008), German Model Treaty. Vgl. auch z. B. BIT (2001) Germany/Cambodia.

²⁰³ BIT (1966) Schweden/Madagascar: „considérant que l’augmentation des exportations et l’industrialisation des pays en voie de développement constituent, pour ces pays, des facteurs essentiels de leur développement économique“. BIT (1999) New Zealand/Argentina: „Recognising that the encouragement and reciprocal protection of such foreign investments will be conducive to the economic prosperity of the both countries”.

„Persuadés que l'encouragement et la protection de ces investissements sont propres à stimuler les transferts de capitaux et de technologies entre les deux pays, dans l'intérêt de leur développement économique“.²⁰⁴

Im Model BIT der USA heißt es:

“Recognizing that agreement on the treatment to be accorded to such investment will stimulate the flow of private capital and the economic development of the Parties”.²⁰⁵

Neben diesen BITs, die sich die wirtschaftliche Entwicklung zum Ziel setzen, existieren auch BITs, die auf eine Förderung nachhaltiger Entwicklung gerichtet sind, wie die kanadischen BITs²⁰⁶ und die NAFTA²⁰⁷. Hierauf wird unten (siehe II) im Einzelnen eingegangen.

2. Im sonstigen internationalen Handels- und Wirtschaftsrecht

Viele Werke im Bereich des Investitionsschutzes stammen von Organisationen, deren Ziel die Entwicklungsförderung ist. So unterstützt etwa die OECD, von der viele Entwürfe zum Investitionsschutz stammen,²⁰⁸ ein nachhaltiges gesamtwirtschaftliches Wachstum und die wirtschaftliche Entwicklung einzelner Länder.²⁰⁹ Auch die Vereinten Nationen betätigen sich im Spannungsverhältnis zwischen Investitionsschutz und Entwicklungsförderung: Die UNCTAD²¹⁰, deren Ziel die entwicklungsfreundliche Integration der Entwicklungsländer in den Welthandel ist,²¹¹ untersucht die Folgen von Internationalen Investitionsschutzabkommen auf die Entwicklung, ihrer Entwicklungsdimension.²¹² Ebenso setzte sich die nicht ratifizierte *Havanna Charta* der Vereinten Nationen von 1948²¹³ die wirtschaftliche und soziale Entwicklung durch Investitionen zum Ziel. So heißt es in der Präambel der *Havanna Charta*:

²⁰⁴ BIT (2004) France/Bahrain; BIT (1991) France/Argentina.

²⁰⁵ BIT (2004) US Modell BIT.

²⁰⁶ BIT (2006) Canada/Peru.

²⁰⁷ NAFTA.

²⁰⁸ OECD: Draft Convention (1967); Declaration (1976); Multilateral Agreement on Investment (1998). Allerdings handelt es sich um soft law.

²⁰⁹ http://www.oecd.org/pages/0,3417,en_36734052_36734103_1_1_1_1_1,00.html: „Support sustainable economic growth; Assist other countries' economic development.“

²¹⁰ Kommission für Handeln und Entwicklung der vereinten Nationen.

²¹¹ <http://www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=1530&lang=1> (Stand: 01.01.10).

²¹² UNCTAD Expert Meeting on Development Implications of International Investment Rule Making 2007.

²¹³ Präambel und Art. 12.1 UN Havana Charter (1948).

“TO THIS END they pledge themselves (...) to promote national and international action designed to (...) foster and assist industrial and general economic development, (...) and to encourage the international flow of capital for productive investment (...). The Members recognize that, international investment (...) can be of great value in promoting economic development and reconstruction, and consequent social progress”

Seit den 90er Jahren war der Begriff der nachhaltigen Entwicklung wiederholt Gegenstand des politischen Diskurses - so z.B. im Jahre 1992 auf der *United Nations Conference on Environment and Development* (UNCED)²¹⁴ in Rio de Janeiro und im Jahre 2002 auf dem *World Summit on Sustainable Development* (WSSD)²¹⁵ in Johannesburg.²¹⁶ In der UNCED etablierte sich die nachhaltige Entwicklung erstmals als ein Rechtskonzept.²¹⁷ Eine internationale Konferenz der Vereinten Nationen über die Finanzierung von Entwicklungszusammenarbeit fand in Anwesenheit von Regierungsdelegationen und Gesandten des Internationalen Währungsfonds, der Weltbank und der Welthandelsorganisation im Jahr 2002 in Mexiko statt. Im dort vereinbarten *Monterrey Consensus* wurden FDIs und deren Beitrag „*towards financing sustained economic growth over the long-term*“²¹⁸ als besonders wichtige Faktoren der ökonomischen Entwicklung hervorgehoben. In der nachfolgenden Doha Konferenz wurde dies bestätigt.²¹⁹ Die FDIs seien als Ergänzung zu den nationalen und internationalen Entwicklungsbestrebungen von immenser Bedeutung.²²⁰ Weitere Bemühungen seien erforderlich, um einen Rahmen zu schaffen, damit privates Kapital eine entwicklungsfördernde Wirkung entfalten kann.²²¹ Beim G8 Gipfel 2007 in Heiligendamm wurden ebenfalls das Entwicklungspotential von Investitionen und die Entwicklungsdimension des Investitionsschutzes hervorgehoben.²²² Ähnliches statuiert die Präambel des *Agreement Establishing the World Trade Organization* (WTO)²²³ im Hinblick auf die Handelsliberalisierung.

²¹⁴ <http://www.un.org/geninfo/bp/enviro.html> (Stand: 01.01.10).

²¹⁵ http://www.un.org/jsummit/html/documents/summit_docs.html (Stand: 01.01.10).

²¹⁶ *Kentin*, in: Schrijver (Hrsg.), *Principle and Practice*, S. 310.

²¹⁷ *Ibid.*, S. 311

²¹⁸ UN-Monterrey 2002, Rn. 20.

²¹⁹ UN-Doha 2008, Rn. 2 .

²²⁰ UN-Doha 2008, Rn. 23: „We recognize that private international capital flows, particularly foreign direct investment, are vital complements to national and international development efforts.“

²²¹ UN-Doha 2008, Rn. 8.

²²² G8- Gipfelerklärung Heiligendamm 2007, S. 7ff.

²²³ WTO (1994), *Agreement Establishing WTO*.

II. Von wirtschaftlicher zur nachhaltiger Entwicklungsförderung

Als Folge der wachstumsbedingten Umweltbelastung wird in jüngerer Zeit nicht mehr ausschließlich Augenmerk auf die wirtschaftliche Entwicklung der Staaten gerichtet; stattdessen ist ihre nachhaltige Entwicklung in den Mittelpunkt des Interesses gerückt.²²⁴ Letztere zählt nunmehr zu den Zielen des internationalen Handelsrechts.²²⁵ Zwar ist der Regelungsgegenstand von Handelsrecht und Investitionsrecht nicht identisch. Hinsichtlich der allgemeinen Ziele wie dem Entwicklungsschutz können die Regime jedoch miteinander verglichen werden.

Bei der Beurteilung einer nachhaltigen Entwicklung finden neben dem wirtschaftlichen Wachstum andere Faktoren Berücksichtigung. So wird Entwicklung in ihrer sozialen, ökologischen und institutionellen Dimension betrachtet.²²⁶ Zwar ist das primäre Ziel des Investitionsschutzes weiterhin die wirtschaftliche Entwicklung, mittelbar spielt jedoch auch die soziale Dimension eine Rolle.²²⁷ Dabei kann es zu Spannungsverhältnissen kommen. So können Investitionen, die positiv für die wirtschaftliche Entwicklung sind, unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten negativ zu beurteilen sein. Im Folgenden werden diese Nachhaltigkeitsgesichtspunkte näher erläutert. Es wird untersucht, inwieweit eine nachhaltige Entwicklung zur Zielsetzung des Investitionsschutzes gehört und wie dieser erweiterte Entwicklungsauftrag erreicht werden kann.

1. Definitionen von nachhaltiger Entwicklung

Nachhaltige Entwicklung bezeichnet eine Entwicklung, die den Bedürfnissen der jetzigen Generation entspricht, ohne die Möglichkeiten künftiger Generationen zu gefährden, ihre eigenen Bedürfnisse zu befriedigen.²²⁸ Eine Umschreibung findet sich zum Beispiel im Maast-

²²⁴ Ausführlich dazu: Nachhaltigkeitslexikon: <http://www.nachhaltigkeit.aachener-stiftung.de/> (Stand: 01.01.10).

²²⁵ Cordonier Segger, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), Sustainable Development, S. 133.

²²⁶ Jessen, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), Sustainable Development S. 73-101.

²²⁷ Ortino, International Law FORUM du Droit International 7 (2005), S. 243.

²²⁸ Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future, World Commission on Environment and Development A/42/427, Geneva 1987, Chap. 2; Vgl. auch UN's Brundtland Commission: "development that meets the needs of the present without compromising the ability of future generations to meet their own needs." Abrufbar unter: <http://www.un-documents.net/ocf-02.htm#I> (Stand: 01.01.10)

richter Vertrag: In Artikel 2 EGV verpflichtet sich die Gemeinschaft²²⁹, ein beständiges, nichtinflationäres und umweltverträgliches Wachstum und eine ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens herbeizuführen. Eine nachhaltige Entwicklung basiert auf drei Säulen: ökologischer, ökonomischer und sozialer Nachhaltigkeit. Bei einer Konferenz der International Law Association in April 2002 in New Delhi wurden die Ziele der nachhaltigen Entwicklung folgendermaßen definiert:

“The objective of sustainable development involves a comprehensive and integrated approach to economic, social and political processes, which aims at the sustainable use of natural resources of the Earth and the protection of the environment on which nature and human life as well as social and economic development depend and which seeks to realize the right of all human beings to an adequate living standard on the basis of their active, free and meaningful participation in development and in the fair distribution of benefits resulting there from, with due regard to the needs and interests of future generations.”²³⁰

2. Nachhaltige Entwicklung als Ziel des internationalen Handels- und Wirtschaftsrechts

Während die internationale Gemeinschaft früher unter *Development Law* Kooperationsverträge sowie Handels- oder Investitionsschutzabkommen verstand, die zum wirtschaftlichen Aufschwung der beteiligten Länder und zur besseren Verteilung des Reichtums führen sollten, bietet *Development Law* heutzutage einen Rechtsrahmen für das Streben nach einer nachhaltigen Entwicklung.²³¹ Es ist zwar nicht ganz geklärt, ob nachhaltige Entwicklung als völkergewohnheitsrechtliches Konzept gilt, jedoch ist sie Bestandteil der Ziele von vielen völkerrechtlichen Abkommen und ist im Rahmen der teleologischen Auslegung zu berücksichtigen.²³² Das *WTO-Agreement* von 1994 nimmt in vielen Regelungen Bezug auf den Begriff der nach-

²²⁹ “Aufgabe der Gemeinschaft ist es (...) eine harmonische, ausgewogene und nachhaltige Entwicklung des Wirtschaftslebens, ein hohes Beschäftigungsniveau und ein hohes Maß an sozialem Schutz, die Gleichstellung von Männern und Frauen, ein beständiges, nichtinflationäres Wachstum (...), ein hohes Maß an Umweltschutz und Verbesserung der Umweltqualität, die Hebung der Lebenshaltung und der Lebensqualität, den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt und die Solidarität zwischen den Mitgliedstaaten zu fördern.”

²³⁰ ILA Resolution 3/2002.

²³¹ Jessen, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development*, S. 84.

²³² Cordonier Segger, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development*, S. 136.

haltigen Entwicklung.²³³ In seiner Präambel heißt es, dass die Förderung des Welthandels „*in accordance with the objective of sustainable development*“²³⁴ erfolgen müsse. Auch der WTO-Dispute Settlement Body hat in seinen Entscheidungen Nachhaltigkeitsgesichtspunkte berücksichtigt.²³⁵ In Entscheidungen von weiteren internationalen Gerichten und Schiedsgerichten dient dieser Begriff als Eingangstor für Normen und Wertungen des Umwelt- und Sozialschutzes.²³⁶ Im Einklang hiermit wurde auf der *Monterrey-Konferenz* klargestellt, dass privates Kapital und insbesondere Investitionen bei der Förderung einer nachhaltigen Entwicklung in ihrer sozialen, ökologischen und ökonomischen Dimension eine große Rolle spielen sollten.²³⁷ Dies wurde in der nachfolgenden *Doha-Konferenz* bestätigt:

„We (...) recognize that mobilizing financial resources for development and the effective use of all those resources are central to the global partnership for sustainable development“²³⁸.

Beim G8 Gipfel 2007 in Heiligdamm wurde das Spannungsverhältnis zwischen Investitionsschutz und nachhaltiger Entwicklung in folgenden Worten zum Ausdruck gebracht:

„ 16. (...) Die wirtschaftlichen, sozialen und umweltbezogenen Aspekte der Nachhaltigkeit sind von entscheidender Bedeutung, damit alle Entwicklungsländer, auch die am wenigsten entwickelten Länder, den größtmöglichen Nutzen aus ausländischen Direktinvestitionen ziehen können.“²³⁹

Insgesamt scheint sich ein neuer Ansatz im Investitionsschutzrecht zu etablieren: Während sich der Investitionsschutz bisher überwiegend auf ökonomischen Erwägungen stützte, wird nun deutlich, dass der Begriff der wirtschaftlichen Entwicklung nicht von einer sozialen und politischen Dimension abgekoppelt werden kann.²⁴⁰ Dementsprechend hat die Bewertung von Investitionen nicht nur unter ökonomischen, sondern auch unter sozialen und gesellschaftspo-

²³³ *Avafia*, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development*, S. 260.

²³⁴ WTO (1994), *Agreement Establishing WTO*.

²³⁵ *Avafia*, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development*, S. 271.

²³⁶ Vgl. *Cordonier Segger*, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development*, S. 134, 135.

²³⁷ UN-Monterrey 2002: „*toward financing sustained economic growth over the long-term*“.

²³⁸ UN-Doha 2008, Rn. 2.

²³⁹ G8- Gipfelerklärung Heiligdamm 2007, S. 7ff.

²⁴⁰ *Hyde*, *Academie de Droit International de la Haye*, *Recueil des Cours*, Vol. 105 (1962), S.274.

litischen Gesichtspunkten zu erfolgen.²⁴¹ Diese um Nachhaltigkeitsgesichtspunkte erweiterte Entwicklungsdimension des Investitionsschutzes sollte bei der Ausgestaltung seiner rechtlichen Rahmenbedingungen berücksichtigt werden.

3. Berücksichtigung von Nachhaltigkeitsgesichtspunkten durch negative Entwicklungsziele

Diese erweiterte Entwicklungsdimension wird in der Regel durch negative Entwicklungsziele realisiert: Investitionsschutzmechanismen stellen kaum positive Forderungen nach einer nachhaltigen Entwicklung und setzen selten voraus, dass Investitionen sich auch im nicht-wirtschaftlichen Bereich entwicklungsfördernd auswirken. Es wird lediglich umgekehrt gefordert, dass Investitionen keinen negativen Einfluss auf Sozial- und Arbeitsstandards, auf die Kohärenz der nationalen Volkswirtschaft oder auf umweltbezogene Gesichtspunkte haben.²⁴² Diesen negativen Entwicklungszielen ähnelt die Unbedenklichkeitsprüfung von der Bundesrepublik bei der Erteilung der Hermes Bürgschaften an deutsche Investoren im Ausland.²⁴³

Insbesondere neuere BITs haben nicht nur die Förderung von wirtschaftlichem Wachstum, sondern auch eine nachhaltige Entwicklung zum Ziel. So heißt es im BIT zwischen Kanada und Peru:²⁴⁴

“RECOGNIZING that the promotion and the protection of investments of investors of one Party in the territory of the other Party will be conducive to the stimulation of mutually beneficial business activity, to the development of economic cooperation between them and to the promotion of sustainable development”.

In manchen BITs werden spezifische Entwicklungsziele festgelegt:²⁴⁵ So sollen nach der Präambel des Model BITs der USA der Kapitalfluss und die wirtschaftliche Entwicklung im Einklang mit dem Schutz von Gesundheit, Sicherheit, Umwelt und internationalen Arbeitsstandards gewährleistet werden:

²⁴¹ *Muchlinski*, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), Oxford Handbook, S. 12.

²⁴² *Ortino*, International Law FORUM du Droit International 7 (2005), S. 245.

²⁴³ <http://www.eulerhermes.de/de/> (Stand: 01.01.10).

²⁴⁴ BIT (2006) Canada/Peru.

²⁴⁵ *Ben Hamida*, UNCTAD Expert Meeting 2007, Rn. 10.

„Desiring to achieve these objectives [*Anm. Verf.: the flow of private capital and the economic development of the Parties*] in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights”.²⁴⁶

Auch einige österreichische BITs enthalten in ihrer Präambel eine Verpflichtung zur Einhaltung international anerkannter Arbeitsstandards.²⁴⁷ Andere BITs verlangen, dass der Investitionsschutz „*be achieved without relaxing health, safety and environmental measures of general application*“.²⁴⁸ Die NAFTA weist eine weitreichende Entwicklungsdimension auf und setzt sich in ihrer Präambel nicht nur die Förderung einer nachhaltigen Entwicklung, sondern auch die positive Stärkung des Umweltschutzes und den Schutz grundlegender Arbeitnehmerrechte zum Ziel:

„CONTRIBUTE to the harmonious development and expansion of world trade and provide a catalyst to broader international cooperation; PRESERVE their flexibility to safeguard the public welfare; PROMOTE sustainable development; STRENGTHEN the development and enforcement of environmental laws and regulations; and PROTECT, enhance and enforce basic workers' rights”.²⁴⁹

Allerdings sind solche Bestimmungen selten. Von 71 BITs, die zwischen 2000 und 2006 geschlossen wurden, enthielten nur neun einen Verweis auf die Einhaltung von internationalen Arbeitsstandards und vier einen Verweis auf gesundheitliche oder ökologische Zielsetzung.²⁵⁰ Meist handelt es sich überdies lediglich um Absichtserklärungen, die mithin nicht einklagbar sind.

Die Situation gestaltet sich anders, wenn BITs konkrete Ausnahmetatbestände enthalten, die sicherstellen, dass Investitionen keinen negativen Einfluss auf die Entwicklung im Gaststaat nehmen. So kann etwa geregelt werden, dass ein BIT aus Gründen der öffentlichen Ordnung

²⁴⁶ vgl. z.B. den BIT (1990) US/Poland; BIT (2005) US/Uruguay.

²⁴⁷ So z. B. im BIT (2001) Austria/Azerbaijan.

²⁴⁸ zB. im BIT (2001) Netherlands/Mozambique.

²⁴⁹ <http://www.nafta-sec-alena.org/en/view.aspx?x=343&mtpiID=120> (Stand: 01.01.10).

²⁵⁰ Newcombe, 8 JWIT (2007), S. 399.

(BIT USA/Haiti)²⁵¹ oder der öffentlichen Gesundheit (BIT Deutschland/Indien)²⁵² nicht anwendbar ist.²⁵³ Ein weiteres Beispiel sind die BITs von Kanada²⁵⁴ und Neuseeland, die Ausnahmetatbestände für Maßnahmen zum Schutz von Menschenleben und Umwelt enthalten. So lautet Art. 5 (3) des BITs zwischen Neuseeland und Argentinien:

“The provisions of this Agreement shall in no way limit the right of either Contracting Party to take any measures (including the destruction of plants and animals, confiscation of property or the imposition of restrictions on stock movement) necessary for the protection of natural and physical resources or human health, provided such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustified discrimination.”²⁵⁵

Derartige Ausnahmetatbestände müssen nicht zwingend für den gesamten BIT gelten. Sie können sich auch nur auf einzelne materiell-rechtliche Gewährleistungen beziehen: So kann etwa geregelt sein, dass die Inländergleichbehandlungsklausel nicht verletzt ist, wenn die Ungleichbehandlung aus legitimen Gründen der öffentlichen Ordnung gerechtfertigt ist.²⁵⁶

III. Grenze der unmittelbaren Entwicklungsdimension

*“A striking feature of BITs is the multiplicity of provisions they contain that are specifically designed to protect foreign investments, and the absence of provisions specifically designed to ensure economic growth and development”.*²⁵⁷

Investitionsschutzmechanismen - insbesondere BITs - beinhalten selten spezifische entwicklungsfördernde Normen, die unmittelbar durchsetzbar sind²⁵⁸. Soweit die Präambeln die Wichtigkeit von Investitionen für die Entwicklung betonen, handelt es sich typischerweise nur

²⁵¹ Art. X BIT (1983) USA/Haiti.

²⁵² Art. 12 BIT (1995) India/Germany.

²⁵³ Karl, UNCTAD Expert Meeting 2007, S. 3.

²⁵⁴ Art. XVII BIT (1996) Canada/Panama.

²⁵⁵ BIT (1999) New Zealand/Argentina.

²⁵⁶ Ortino, International Law FORUM du Droit International 7 (2005), S. 245.

²⁵⁷ Robinson, Transnational Corporations, Vol. 7, No. 1 (2008), S. 84.

²⁵⁸ UNCTAD (2007), S. 146.

um unverbindliche Erklärungen.²⁵⁹ Auf der materiell-rechtlichen Ebene wird der erstrebte Entwicklungsbeitrag selten sichergestellt.²⁶⁰ Es bestehen lediglich durchsetzbare Normen zum Schutz der Investitionen, jedoch keine Verpflichtung seitens des Herkunftsstaates, den Investitionszufluss zu fördern²⁶¹. BITs besitzen daher selten eine unmittelbare Entwicklungsdimension. Eine solche könnte etwa dadurch erreicht werden, dass nur solche Investitionen geschützt werden, die im Vorfeld vom Gaststaat genehmigt wurden. Ein solcher Genehmigungsvorbehalt würde es dem Staat ermöglichen, die Wirkung von Investitionen seinen wirtschaftlichen und sozialen Entwicklungszielen anzupassen.²⁶² Nur wenige BITs sehen einen solchen Genehmigungsvorbehalt vor.²⁶³ Der Investitionsschutz weist daher allenfalls eine mittelbare Entwicklungsdimension auf, in dem der Schutz von Investitionen *de facto* die Entwicklung fördert.²⁶⁴

²⁵⁹ *Newcombe*, 8 JWIT (2007), S. 398.

²⁶⁰ *Karl*, UNCTAD Expert Meeting 2007, S. 2.

²⁶¹ *UNCTAD* (2007), *Bilateral Investment Treaties 1995-2006*, S. 145; *Robinson*, *Transnational Corporations*, Vol. 7, No. 1 (2008), S. 84.

²⁶² *Ben Hamida*, UNCTAD Expert Meeting 2007, S. 4.

²⁶³ Vgl. zB. Art. 2 (1) des BIT (2002) Thailand/ North-Korea.

²⁶⁴ vgl. § 5 III.

§ 5 Mittelbare Entwicklungsdimension: Der Bargain des Investitionsschutzes

I. Rechtspolitische Erwägungen des Investitionsschutzes

*“A State is entitled to expect a quid pro quo, in the form of economic development, for the concessions of sovereignty it makes under an investment agreement. Indeed, this quid pro quo is precisely the motivation for entering into any investment agreement that offers greater protection for investor’s rights”.*²⁶⁵

Ein Staat, der in einem internationalen Abkommen Verpflichtungen eingeht, erleidet dadurch zwangsläufig einen Souveränitätsverlust. Dementsprechend schränkt ein BIT, der Investoren vor staatlichen Maßnahmen schützt, seinem Wesen nach die Autonomie von Staaten ein.²⁶⁶ Staaten verpflichten sich jedoch freiwillig und schränken ihre Staatssouveränität durch das Eingehen von BITs ein, weil sie sich davon etwas erhoffen. Die mittelbaren Ziele, die Staaten zum Abschluss von BITs motivieren, sind dabei unterschiedlich: Investitionsexportierende Staaten sehen BITs in erster Linie als eine Möglichkeit der Exportförderung für die heimische Außenwirtschaft.²⁶⁷ Demgegenüber sind investitionsimportierende Staaten an Investitionen interessiert, da diese die bedeutendste Form von Ressourcenzufluss und die wichtigste Quelle an privatem Kapital in einkommensschwachen Ländern sind.²⁶⁸ Dabei wollen sie jedoch möglichst eigenständig ihre nationalen Interessen und ihre Entwicklungspolitik durchsetzen können.²⁶⁹ Durch das Eingehen von BITs tauschen investitionsimportierende Staaten Souveränität gegen Glaubwürdigkeit in der internationalen Gemeinschaft ein²⁷⁰ und lösen somit ihre „*admission tickets to international investment markets*“²⁷¹ ein. Auf der anderen Seite werden BITs, ebenso wie das ICSID Verfahren, als eine „*extraordinary attack on governments ability to regulate in the public interest*“²⁷² bezeichnet. In diesem Spannungsverhältnis bewegt sich

²⁶⁵ Endicott, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), Sustainable Development, S. 409.

²⁶⁶ Scandiucci Filho, UNCTAD Expert Meeting 2007, S. 7.

²⁶⁷ In Deutschland leitet die Abteilung für Auslandsinvestition, die für die Verhandlung der BIT zuständig ist, den Interministeriellen Ausschuss, der über die Exportgarantien durch die Euler Hermes entscheidet.

²⁶⁸ Norton, in: Horn (Hrsg.), Foreign Disputes, S. 90.

²⁶⁹ Sornarajah, Foreign Investment, S. 216.

²⁷⁰ Elkins/Guzman/Sirommons, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 578961 (2004), S. 4.

²⁷¹ Dolzer/Schreuer, Principles, S. 9.

²⁷² Eine NGO unter vielen: http://www.citizen.org/trade/chapter_11/ch__11_ftaa/index.cfm (Stand: 01.01.10).

also die rechtspolitische Entscheidung, ob, und wenn ja mit welchem Inhalt, BITs geschlossen werden.

Staaten lassen sich beim Abschluss von BITs von unterschiedlichen Erwägungen leiten. Der Abschluss von BITs erfolgt daher aufgrund Verhandlungen und stellt einen *Bargain*²⁷³ dar, dessen Inhalt von der jeweiligen Verhandlungsmacht und Abhängigkeit der abkommenschließenden Staaten beeinflusst wird.²⁷⁴ Erst wenn die erhofften Vorteile (Steigerung eines entwicklungsfördernden Investitionsflusses), die Nachteile (Verlust an Staatssouveränität) übertreffen, liegt ein ausgewogenes Investitionsschutzsystem vor und die BITs würden tatsächlich die angestrebte „*Win Win*“-Situation schaffen.²⁷⁵ Dies zu überprüfen, ist von kardinaler Bedeutung. Denn Investitionen haben Auswirkungen auf die Allokation nationaler finanzieller Ressourcen und auf wichtige Belange des Allgemeinwohles.²⁷⁶

II. Inhaltliche Überprüfung des Bargains

„It is for each Government to evaluate the trade-off between the benefits of accepting international rules and commitments and the constraints posed by the loss of policy space“.²⁷⁷

1. Vertragsfreiheit

Die Berechtigung für eine inhaltliche Überprüfung des Investitionsschutzsystems könnte unter Hinweis auf den Grundsatz der Vertragsfreiheit in Abrede gestellt werden. So könnte vorgebracht werden, dass Staaten BITs freiwillig abschließen, nachdem sie deren Vor- und Nachteile abgewogen und die souveräne Entscheidung getroffen haben, sich zu binden.²⁷⁸ Damit entspräche auch ein objektiv unausgeglichenes Investitionsschutzsystem dem Willen der Staaten.²⁷⁹ Aufgrund des völkerrechtlichen Grundsatzes der Vertragsfreiheit²⁸⁰ stellte sich erst gar

²⁷³ So z.B.: *Salacuse/Sullivan*, 46 Harv. Int'l L.J. (2005), S. 67ff.

²⁷⁴ *Sornarajah*, Foreign Investment, S. 216.

²⁷⁵ *Alvarez*, 86 ASIL Proceedings 1992, S. 550.

²⁷⁶ *Franck*, Virginia Journal of International Law (2008), S. 773.

²⁷⁷ UN-Doha 2008, Rn. 14.

²⁷⁸ *Dolzer/Schreuer*, Principles, S. 7.

²⁷⁹ *Vapeur Wimbledon*, 17 Aout 1923, C.P.J.I. série A n.1, S. 25.

²⁸⁰ *Stein/von Buttlar*, Völkerrecht, Rn. 39ff.

nicht die Frage, ob das Investitionsschutzsystem zu einem ungerechtfertigten Souveränitätsverlust führt und für die beteiligten Staaten nachteilig ist.

2. Grenze der Vertragsfreiheit

*“BIT partners turn to the US with the equivalent of a IMF gun pointed at their heads; (...). For many, a BIT relationship is hardly a voluntary, uncoerced transaction.”*²⁸¹

a) Keine Verhandlungsgegenseitigkeit

Die Annahme, dass der Inhalt der BIT und der ICSID Konvention aufgrund der Vertragsfreiheit nicht zu überprüfen sind, würde stimmen, wenn die gegenseitigen Verpflichtungen der BITs beide Vertragsparteien gleichermaßen treffen würden und ihre Interessen gleichgelagert wären. Dann würde vollkommene Verhandlungsgegenseitigkeit herrschen.²⁸² Die Vertragsschließenden würden aufgrund ihrer gleichgerichteten Interessen dafür sorgen, dass die eingegangenen Nachteile verhältnismäßig zu den erhofften Vorteilen sind.²⁸³ Verhandlungsgegenseitigkeit liegt indes nur dann vor, wenn beide Staaten Einschränkungen als Gaststaat in Kauf nehmen (Verlust an Staatssouveränität), weil sie sich dadurch Vorteile sowohl als Herkunftsstaat (Förderung ihrer Exportwirtschaft) als auch als Gaststaat (Entwicklungsbeitrag) versprechen. Dies ist selten der Fall. Denn obwohl BITs gegenseitige Verträge mit wechselseitigen Verpflichtungen sind, verfolgen Staaten bei BIT Verhandlungen oft gegensätzliche Interessen und divergierende Ziele: Durch einen erhöhten Investitionsfluss will die eine Seite ihre Exportwirtschaft,²⁸⁴ die andere Seite ihre Entwicklung fördern. Der Investitionsschutz ist dabei kein Selbstzweck, sondern nur der kleinste gemeinsame Nenner. Solange die eine Partei ihre Exportwirtschaft fördern und die andere Partei Anreize für Investitionen setzen will, kollidieren ihre jeweiligen Zielsetzungen nicht. Allerdings besteht eine Diskrepanz bei der Frage der Berücksichtigung von sozialen, politischen und ökologischen Erwägungen („*policy clauses*“). Es wird teilweise von investitionsexportierenden Staaten vertreten, dass „*policy clauses*“ in BITs unangebracht seien, weil sie Wirtschaftsbeziehungen umständlicher machen, anstatt sie

²⁸¹ Alvarez, 86 ASIL Proceedings 1992, S. 552.

²⁸² Preiswerk, 94 Journal de Droit International 1967, S. 7.

²⁸³ Ibid, S. 6.

²⁸⁴ In Deutschland ist die Abteilung, die für die Verhandlung der BIT zuständig ist, zugleich bei den Exportgarantien durch die Euler Hermes beteiligt.

gemäß der Zielsetzung der BITs zu fördern.²⁸⁵ Obwohl die Verpflichtungen aus einem BIT beide Parteien theoretisch gleichermaßen treffen,²⁸⁶ wird praktisch oft nur ein Staat konkret davon betroffen.²⁸⁷ In diesem Fall herrscht zwischen den beiden Parteien eines BITs eine Asymmetrie. Ein Vertrag ist nämlich nicht bereits dann ausgewogen, wenn er beiden Parteien identische Vor- und Nachteile gewährt. Vielmehr müssen die Parteien gleichermaßen die gewährten Vorteile ausschöpfen können und den Nachteilen ausgesetzt werden.²⁸⁸ Früher beruhte die Asymmetrie darauf, dass BITs in der Regel zwischen Entwicklungsländern und entwickelten Ländern geschlossen wurden.²⁸⁹ Inzwischen schließen auch Entwicklungsländer und entwickelte Länder jeweils untereinander BITs.²⁹⁰ Es können jedoch weiterhin Asymmetrien bestehen. So etwa dann, wenn die Vertragsstaaten nicht wechselseitig Investitionen importieren und exportieren, sondern der Investitionsstrom unilateral verläuft. In diesem Fall erleidet nur der investitionsimportierende Staat einen Souveränitätsverlust.²⁹¹

Solche asymmetrische Verhältnisse prägen in der Regel BITs zwischen wirtschaftlich ungleich starken Staaten, da wirtschaftlich schwache Staaten²⁹² kaum FDIIs in wirtschaftsstärkere Staaten exportieren.²⁹³ Die Asymmetrie wird dadurch gefördert, dass viele BITs auf Verlangen eines kapitalexportierenden Staates mit einem kapitalimportierenden Staat geschlossen werden.²⁹⁴ Verhandlungsstarke Staaten schließen BITs vor allem mit Staaten, die überwiegend FDIIs importieren und kaum exportieren, so dass der Investitionsstrom voraussichtlich nur einseitig fließen wird.²⁹⁵ Eine Pflichtenreziprozität ist insbesondere bei BITs zwischen entwickelten Staaten und Entwicklungsländern kaum gegeben, da im Regelfall ein Investor des entwickelten Staates das Entwicklungsland verklagen wird.²⁹⁶ Für investitionsexportierende Staaten bleiben die BIT Verpflichtungen daher nur theoretisch, so dass sie nicht *per se* bestrebt sind, ein Gleichgewicht zwischen Verpflichtungen und Vorteilen der BIT zu erzielen. In Konstellationen, in denen ein Verhandlungsgleichgewicht besteht -z. B. zwischen den Ver-

²⁸⁵ Z. B. durch den Leiter des Referats für Auslandsinvestitionen des Bundesministeriums für Wirtschaft und Technologie am 15. Mai 2009 in London auf der Konferenz der BIICL Twelfth Investment Treaty Forum Public Conference: Investment Treaties at 50.

²⁸⁶ Karl, *Development Dimension*, S. 3.

²⁸⁷ Salacuse, 24 *Int'l Law* (1990), S. 663.

²⁸⁸ Preiswerk, 94 *Journal de Droit International* 1967, S. 17.

²⁸⁹ Congyan, 8 *The Journal of World Investment and Trade* (2007), S. 831.

²⁹⁰ Frank, 73 *Fordham L. Rev.* (2004-2005), S. 1527.

²⁹¹ Sornarajah, *Foreign Investment*, S. 207; Congyan, 8 *The Journal of World Investment and Trade* (2007), S. 831.

²⁹² 2005 haben fünf Länder 66 % und 10 Länder 83 % der gesamten exportierten ausländischen Direktinvestition von Entwicklungsländern ausgemacht, Vgl.: UNCTAD, *World Investment Report 2006*, S. 112.

²⁹³ UNCTAD, *World Investment Report 2006*, S. 117/118.

²⁹⁴ Dolzer, 37 *N.Y.U.J.Int'l L&Pol.* (2004-2005), S. 955.

²⁹⁵ Paulsson, in: Pritchard (Hrsg.), *Economic Development*, S. 236.

²⁹⁶ Vgl. UNCTAD (2008), *Investment Rulemaking*, S.33: In 290 Investitionsklagen waren nur 15 entwickelte Länder beteiligt.

tragsstaaten der NAFTA, die untereinander sowohl Investitionen importieren, als auch exportieren- sind die Verpflichtungen tatsächlich weniger einschneidend; nationale Belange des Gemeinwohls werden stärker berücksichtigt. Dass entwickelte Länder wie die USA und Kanada aufgrund der NAFTA mehrmals verklagt wurden, ist eine große Neuerung²⁹⁷ und führte dazu, dass das Spannungsverhältnis zwischen Investitionsschutz und nationaler Souveränität dort stark problematisiert wurde.²⁹⁸ Letztendlich wird eine Interessenskonformität und ein Verhandlungsgleichgewicht nur dann bestehen und zur inhaltlichen Ausgewogenheit eines BITs beitragen, wenn beide Vertragsstaaten gleichermaßen konkret dem Risiko ausgesetzt sind, wegen der Ausübung ihrer souveränen Staatsgewalt verklagt zu werden.

b) Ungleiche Verhandlungsmacht

Vertragsfreiheit kann nur zur Verhandlungsgerechtigkeit führen, wenn die Vertragsparteien gleiche Verhandlungsmacht besitzen. Erst dann finden Verhandlungen statt, deren Ergebnisse Ausfluss des Parteiwillens sind und als materieller Gerechtigkeitsstandard dienen können. Bei BIT Verhandlungen sind Entwicklungsländer oft in der schwächeren Verhandlungsposition.²⁹⁹ Die einzelnen BIT Klauseln werden oft gar nicht ausgehandelt, sondern es werden die Modellklauseln des verhandlungsstärkeren, investitionsexportierenden Staates übernommen³⁰⁰ oder dessen Vorschlag zugrunde gelegt,³⁰¹ ohne Rücksicht auf die nationalen Entwicklungsziele des anderen Staates³⁰² und auf die Besonderheiten seiner Wirtschaft, seiner Bevölkerungsstruktur und seines Entwicklungsstadiums zu nehmen. Viele Staaten stehen unter einem großen Druck BITs abzuschließen, weil sie von ausländischen Devisenzufuhren abhängig sind und das Risiko besteht, dass sie sonst insgesamt von der wirtschaftlichen Weltgemeinschaft ausgeschlossen werden. Das ICSID ist ferner Teil der *World Bank Group*, die von den Herkunftsländern der meisten klagenden Investoren dominiert ist,³⁰³ so dass potentielle Gaststaaten auch Druck von der institutionellen Seite bekommen.³⁰⁴ Das Bestehen von BITs wird oft als Bedingung für die Erteilung von Darlehen, die Gewährung von Hilfeleistungen

²⁹⁷ Dolzer, 37 N.Y.U.J.Int'l L&Pol. (2004-2005), S. 956; Deutschland wurde im April 2009 von Vattenfall erstmals vor der ICSID verklagt.

²⁹⁸ Nouvel, 106 Revue Général de Droit International Public 2002, S. 79-102.

²⁹⁹ Muchlinski, UNCTAD Expert Meeting 2007, S. 3.

³⁰⁰ Prof. Juillard, in: Leben (Hsg.), Contentieux arbitral transnational, S. 191, 192.

³⁰¹ Dolzer/Schreuer, Principles, S. 9; Ginsburg, 25 International Review of Law and Economics (2005), S. 17.

³⁰² Mwaungulu, UNCTAD Expert Meeting 2007, S. 4.

³⁰³ USA, Japan, Deutschland, Frankreich und die UK haben insgesamt ca. 38% des Stimmenrechts. Vgl.: <http://www.globalpolicy.org/component/content/article/209/43377.html> (Stand: 31.12.09).

³⁰⁴ Amerasinghe, International Tribunals, S. 621.

oder die Ergreifung von investitionsfördernden Maßnahmen von nationalen Exportgarantien, dem Internationalen Währungsfonds oder internationalen Organisationen gestellt.³⁰⁵ Investitionsimportierende Staaten müssen daher nicht nur die Vor- und Nachteile eines BITs als solche abwägen, sondern auch die weiteren Implikationen bei seinem Nichtabschluss berücksichtigen.³⁰⁶

Der Versuch, ein multilaterales Investitionsschutzabkommen (MAI) zu schaffen, ist auch an potentiellen Gaststaaten gescheitert, obwohl das MAI die Staatsinteressen und Belange des nationalen Allgemeinwohles mehr berücksichtigte als viele BITs.³⁰⁷ Staaten, die sich in den MAI Verhandlungen für einen niedrigen Investorenschutzgehalt einsetzten, schlossen gleichzeitig BITs mit einem hohen Schutzgehalt.³⁰⁸ Der Grund dieses widersprüchlichen Verhaltens liegt darin, dass sich investitionsimportierende Staaten in multilateralen Gremien organisieren und beraten können, um ihre Interessen besser durchzusetzen und nachteilige Abkommen zu verhindern.³⁰⁹ Gemeinsam besaßen sie mehr Verhandlungsmacht und weniger Kompromissbereitschaft, als wenn sie alleine mit einem verhandlungsstarken Staat verhandelten.³¹⁰ In einem bilateralen Verhältnis befinden sich investitionsimportierende Staaten im „Gefangenendilemma“³¹¹ und schließen aus Furcht, im internationalen Wettbewerb um FDIs unterzugehen, BITs, die für sie global betrachtet nachteilig sind. Aufgrund dieses Wettbewerbs fühlen sich Entwicklungsländer teilweise genötigt, ihre wirtschaftlichen und sozialen Zielsetzungen aus der Hand zu geben³¹² und es herrscht eine „*race to the bottom*“ hinsichtlich der Berücksichtigung von Staatsinteressen in den BITs.³¹³

c) Unkenntnis der Reichweite der Verpflichtungen

Ein Staat kann sich nur dann freiverantwortlich entscheiden, einen BIT abzuschließen, wenn er dessen Implikationen und Reichweite abschätzen kann. Allerdings sind, wie im Einzelnen

³⁰⁵ Sornarajah, Foreign Investment, S. 216; Alvarez, 86 ASIL Proceedings 1992, S. 552.

³⁰⁶ Alvarez, 86 ASIL Proceedings 1992, S. 552; Sornarajah, Foreign Investment, S. 208 dort insb. Rn. 16.

³⁰⁷ Siehe z.B. Art. 3 zu Annex 3 MAI wonach die nationale Souveränität bei dem Schutz bestimmter Güter: vorrangig ist: „A Contracting Party may adopt, maintain or enforce any measures that it considers appropriate to ensure that investment activity is undertaken in a manner sensitive to healthy, safety or environmental concerns provided that such measures are consistent with this agreement“ vgl.: The Multilateral Agreement on Investment (1998), S. 14.

³⁰⁸ Guzman, Virginia Journal of International Law, 38 (1997), S. 643.

³⁰⁹ Ibid, S. 643.

³¹⁰ Gallagher/Birch, 7 The Journal of World Investment and Trade (2006), S. 8

³¹¹ <http://plato.stanford.edu/entries/prisoner-dilemma/> (Stand: 31.12.09).

³¹² Zhan, UNCTAD Expert Meeting 2007, S.7.

³¹³ Elkins/Guzman/Sirommons, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 578961 (2004), S. 4.

noch dargestellt wird (siehe IV.), die praktischen Konsequenzen des Abschlusses eines BITs und die Reichweite der eingegangenen Verpflichtungen schwer prognostizierbar.³¹⁴ Dies gilt umso mehr, als viele Entwicklungsländer über keine besondere Expertise für BIT Klauseln verfügen.³¹⁵ BIT Klauseln sind in der Regel weit gefasst und konturlos. Es gibt keine beständige Spruchpraxis der Schiedsgerichte, die deren Auslegung und Reichweite konkretisiert.³¹⁶ Ob eine staatliche Maßnahme einen BIT verletzt, ist mitunter schwer prognostizierbar. Es ist zum Beispiel nicht vorauszusehen,³¹⁷ ob das berufene ICSID Schiedsgericht es zulässt, dass über die *Umbrella* Klausel alle vertraglichen Verpflichtungen des Staates vor ihm einklagbar sind.³¹⁸ Dies würde in erheblicher Weise die Reichweite der völkerrechtlichen Verpflichtungen des Staates beeinflussen.³¹⁹ Hinzu kommt, dass wegen der MFN Klausel Schutzstandards unter einem BIT auch für andere BITs des Gaststaates gelten können.³²⁰ Aufgrund dieser extensiven Auslegung können die Staaten bei dem Abschluss eines BITs den Inhalt der von ihnen eingegangenen Verpflichtungen nicht einschätzen, da dieser durch die MFN Klausel wandelbar ist.³²¹

Angesichts der Unkenntnis über die Reichweite der BIT Verpflichtungen können aus der Zustimmung eines Staates zu einem BIT daher keine unmittelbaren Schlüssen über seinen Willen gezogen werden.

III. Investitionsschutz als Katalysator der Entwicklung

1. Einleitung

Nach der herrschenden volkswirtschaftlichen Einschätzung der Nachkriegsjahre war der Schutz von Investitionen zur Entwicklungsförderung ausreichend. Man ging davon aus, dass der Kapitalfluss durch Investitionen genüge, um die wirtschaftliche Entwicklung von Ent-

³¹⁴ *Sornarajah*, Foreign Investment, S. 216.

³¹⁵ *Ibid.*, S. 207.

³¹⁶ *Dolzer/Bloch*, 5 Int'l L. Forum du Droit Int'l (2003), S. 155.

³¹⁷ *Sempra v. Argentina*, ICSID Decision on Jurisdiction of May 11, 2005, Rn. 100ff.; *Eureko v Poland*, UNCITRAL Award 19 August 2005, Rn. 244ff.

³¹⁸ *Yannaca-Small*, OECD Working Papers on International Investment, Nr. 2006/3 (2006), S. 7 ff.

³¹⁹ Vgl. IV. 2 b).

³²⁰ Vgl. IV. 1. a) bb).

³²¹ *Prof. Juillard*, in: *Leben* (Hsg.), *Contentieux arbitral transnational*, S.193.

wicklungsländern zu fördern.³²² Heute sind die Meinungen darüber, ob Investitionen *per se* für die Entwicklung förderlich sind, gespalten. Sie reichen von der Auffassung, dass jede Form von wirtschaftlicher Liberalisierung uneingeschränkt gut für die Entwicklung des Gastlandes sei, da diese zu einem entwicklungsfördernden, den Lebensstandard hebenden Wachstum führe, bis hin zur Einschätzung, dass Staaten sich gänzlich von Investitionen unabhängig machen sollten³²³, da wirtschaftliche Liberalisierung zu einer „*race to the bottom*“ der Umwelt-, Gesundheit- und Sozialstandards führe³²⁴ und somit *per se* schlecht für das Allgemeinwohl sei.

Ob Investitionsschutz tatsächlich als Katalysator der Entwicklung betrachtet werden kann, soll im Folgenden näher untersucht werden. Dies geschieht in zwei Schritten: Zunächst wird untersucht, ob das Vorliegen eines BITs zwischen zwei Ländern zu einer Steigerung des gegenseitigen Investitionsflusses führt. Anschließend wird untersucht, ob Investitionen tatsächlich zur Entwicklung des Gastlandes beitragen.

2. Investitionsfördernde Wirkung des Investitionsschutzes

a) Vorgehensweise

Die folgende Untersuchung beschränkt sich auf den Einfluss von BITs auf den Investitionsfluss. Grund ist, dass es kaum Studien gibt, die sich volkswirtschaftlich mit der Frage beschäftigen, ob sich das ICSID Verfahren positiv auf die Entwicklung auswirkt.³²⁵ Dagegen gibt es viele Studien, die sich mit der Wirkung des Bestehens von BITs auf die Entwicklung der Vertragsstaaten beschäftigen. Angesichts der Vielzahl von BIT bezogenen ICSID Verfahren – von den 21 Verfahren, die 2008 bei den ICSID Schiedsgerichten eingeleitet wurden, basierten 16 auf Verletzung eines BITs³²⁶ – können aus einer Untersuchung der entwicklungsfördernden Wirkung der BITs Schlüsse auf die entwicklungsfördernde Wirkung des ICSID Verfahrens gezogen werden. Dies gilt umso mehr, als die ICSID Schiedsklausel in den BITs als wichtigs-

³²² Kahn, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S.4.

³²³ Sornarajah, *Foreign Investment*, S.50.

³²⁴ Schrijver, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development*, S. 129.

³²⁵ Soweit ersichtlich ist Franck, 19 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. (2007), S. 337-373 die einzige Studie, die sich dieser Problematik widmet.

³²⁶ Gaillard, JDI N°1 2009, S. 333.

te Schutzmaßnahme für Investoren gilt.³²⁷ Es kann daher davon ausgegangen werden, dass, falls BITs eine steuernde Wirkung auf potentielle Investoren haben, diese stark durch das Bestehen einer ICSID Schiedsklausel bedingt ist. Mittelbar würde damit auch das ICSID Verfahren zur Entwicklung der Gaststaaten beitragen.

Um den Einfluss eines BITs auf den Investitionsfluss zu messen, werden empirische Untersuchungen herangezogen. Diese sind im Völkerrecht und insbesondere im internationalen Investitionsrecht, dem messbare wirtschaftliche Vorgänge zugrunde liegen,³²⁸ verbreitet und sinnvoll.³²⁹

b) Theoretisch

aa) Argumente für die investitionsfördernde Wirkung von BITs

Von ihrer Schutzrichtung her sollten BITs einen positiven Einfluss auf den Investitionsfluss haben, da sie vor politischen Risiken im Gaststaat schützen. Diese Risiken sind Teil der Fixkostenkalkulation der Investoren, die auf Wahrscheinlichkeitsrechnungen hinsichtlich der Realisierung von gewissen Risiken basiert. Werden diese Risiken durch entsprechende Schutzklauseln in einem BIT verringert, führt dies zu einer investitionsfördernden Senkung der Investitionskosten.³³⁰ Die Zunahme der ICSID Schiedsverfahren zeigt, dass Investoren ihre durch die BITs gewährten Rechte kennen und effektiv durchsetzen.³³¹ Das Eingehen von BITs wird als allgemeines Zeichen einer liberalen, wirtschaftsfreundlichen Politik gesehen.³³² Bereits das abstrakte Bestehen eines BITs kann eine positive Wirkung auf die Investitionsentscheidung eines Investors haben: Durch das Eingehen von BITs signalisiert ein Staat der internationalen Gemeinschaft seine Offenheit gegenüber ausländischen Investoren und seine Bereitschaft, einen stabilen und vorhersehbaren Rechtsrahmen für Investitionen zu schaffen.³³³

³²⁷ Newfarmer, Global Economic Prospects, S. 107; Swenson, 12 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y (2005), S. 133.

³²⁸ Franck, Virginia Journal of International Law, Vol. 48 (2008), S. 791.

³²⁹ Dickinson, 32 Yale J. INT'L L. (2007), S. 551.

³³⁰ Egger, Wirtschaftspolitische Blätter 1/2005, S. 172

³³¹ Sachs/Sauvant, in: Sachs/Sauvant (Hrsg.), Impact, S.22.

³³² Ginsburg, 25 International Review of Law and Economics (2005), S.19.

³³³ <http://www.unctad.org/Templates/webflyer.asp?docid=2914&intItemID=2022&lang=1> (Stand: 01.01.10); UNCTAD (1999), Fair and Equitable, S. 56..

bb) Argumente gegen die investitionsfördernde Wirkung von BITs

Gewichtige Argumente werden gegen eine investitionsfördernde Wirkung von BITs vorgetragen. So wird vertreten, die Eigenarten der jeweiligen Rechtsordnungen, insbesondere die Vielfalt an unterschiedlichen BITs mit verschiedenen Schutzrichtungen, führten zu hohen Transaktionskosten und Intransparenz.³³⁴ Dieses Argument spricht allerdings nur für multilateralen Schutzabkommen im Vergleich zu bilateralen Abkommen.³³⁵ Abgesehen davon dürften die Transaktionskosten und die Intransparenz ohne einschlägigen BIT höher sein, da es für den Unternehmer noch schwerer wäre, die Rechtslage nach dem mangels BIT anwendbaren nationalen Recht abzuschätzen. Dem Argument ist jedoch insoweit zuzustimmen, dass die BITs in der Regel sehr abstrakt bleiben und keine einheitliche schiedsgerichtliche Praxis besteht, an der sich Investoren orientieren können. Insoweit besteht eine Intransparenz, deren Beseitigung tatsächlich hohe Transaktionskosten verursacht.

Der materiell-rechtliche Gehalt der BITs ist den Investoren oft unklar und die Möglichkeit solche Rechte durchzusetzen unbekannt.³³⁶ Dass die Existenz von BITs für die Investitionsentscheidung oft irrelevant ist, wird durch eine Studie der Weltbank belegt. Hiernach erlangen Investoren häufig erst dann Kenntnis vom Bestehen eines BITs, wenn es zu Verletzungen gekommen ist.³³⁷ Ein ähnliches Ergebnis zeigen auch andere Untersuchungen. So gab bei einer Umfrage von 602 leitenden Angestellten transnationaler Unternehmen im Jahre 2007 nur ein Fünftel der Befragten an, das Bestehen von BITs beeinflusse ihre Entscheidung hinsichtlich des Investitionsortes; ein anderes Fünftel gab an, dies sei überhaupt kein Entscheidungsfaktor. Die Hälfte der Befragten teilte mit, das Vorliegen von BITs beeinflusse ihre Entscheidung nur in beschränktem Ausmaß.³³⁸ Ebenso zeigt eine Untersuchung von nationalen Handelskammern, dass viele Investoren keinerlei Kenntnis ihrer Rechte unter dem *Energy Charter Treaty* haben.³³⁹ Gegen eine investitionsfördernde Wirkung spricht auch, dass Investitionsförderung oft nur eine Nebenfolge der BITs ist: So beschränken sich BITs typischerweise auf den Schutz von Investitionen; nur sehr wenige beinhalten unmittelbar investitionsfördernde Vorschriften³⁴⁰ oder sorgen für aktive Investitionsförderungsmaßnahmen seitens der Gaststaaten.³⁴¹ Damit sind BITs lediglich Teil der allgemeinen Rahmenbedingungen, die

³³⁴ Egger, Wirtschaftspolitische Blätter 1/2005, S. 172.

³³⁵ Urban, Theoretical Perspective, S. 1.

³³⁶ Legum, 22(4) Arbitration International (2006), S. 526.

³³⁷ World Bank, World Development Report 2005, S. 177.

³³⁸ Sachs/Sauvant, in: Sachs/Sauvant (Hrsg.), Impact, S.23.

³³⁹ Franck, 19 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. (2007), S. 348.

³⁴⁰ UNCTAD (2008), Series on International Investment Policies, S. XI.

³⁴¹ UNCTAD (1998), BIT in the Mid-1990s, S. 117.

für die Investitionsentscheidung relevant sein können. Für den konkreten Zufluss an FDI's spielen sie lediglich eine untergeordnete Rolle.³⁴²

Hinreichende Beispiele widerlegen zudem die These, BITs seien investitionsfördernd: Manche Länder, die volumenmäßig sehr viele Investitionen empfangen oder entsenden, haben keine bzw. kaum BITs geschlossen: So hat Japan als zweitgrößter Kapitalexporteur nur vier BITs geschlossen. Brasilien, als größter Empfänger von FDI's in Südamerika,³⁴³ hat bisher weder einen BIT noch die ICSID Konvention ratifiziert.³⁴⁴ Die erfolgreiche wirtschaftliche Entwicklung der asiatischen Staaten Singapur, Taiwan, Südkorea und Hongkong beruht darauf, dass sie nach einer Importsubstitutionspolitik, die auf die Ersetzung von Importen durch Inlandserzeugung zielte, ihre nationalen Wirtschaften zu exportorientierten Industrienationen überführten.³⁴⁵ Dabei wurde vorwiegend auf die inländische Produktionskapazität gesetzt und weitgehend auf BITs verzichtet, insbesondere auf solche Klauseln, die zu einer Einschränkung der Staatssouveränität führten. Umgekehrt gibt es Länder, die trotz zahlreicher BITs nur eine geringe Anzahl an FDI's empfangen haben.³⁴⁶ Auch fließt der Großteil des Investitionsstromes zwischen entwickelten Ländern - im Jahr 2000 waren es 70% der FDI's weltweit.³⁴⁷ Dies, obwohl kaum BITs zwischen entwickelten Ländern geschlossen worden sind: Deutschland hat zum Beispiel von seinen 124 BITs nur vier mit entwickelten Ländern geschlossen.³⁴⁸ Diese Tatsache zeigt, dass BITs höchstens einen geringfügigen Einfluss auf den Investitionsstrom haben und neben anderen Faktoren nur eine untergeordnete Rolle spielen. Nach Einschätzung der UNCTAD wird die Entscheidung eines Investors, in einem bestimmten Land zu investieren, vor allem von drei Faktoren regiert. Der erste Faktor ist die Politik des potentiellen Investitionslandes hinsichtlich ausländischer Investitionen. Der zweite Faktor sind die ökonomischen Rahmenbedingungen, insbesondere der Zugang zu Ressourcen und der Marktzugang. Der dritte Faktor sind die allgemeinen Rahmenbedingungen im Gaststaat.³⁴⁹ Unter diesen Faktoren erscheinen vor allem stabile politische und ökonomische Rahmenbedingungen des Gaststaates als wichtigste Entscheidungskriterien.³⁵⁰ Die juristischen Rahmenbedingungen scheinen dabei nur ein Aspekt der Frage zu sein, ob der Investitionsrahmen stabil

³⁴² *Ibid.*, S. 117.

³⁴³ Zwischen 2003 und 2005 bekam Brasilien 25 % der FDI in Lateinamerika, siehe: *Scandiucci Filho*, UNCTAD Expert Meeting on Development, June 2007, S. 1.

³⁴⁴ *Newcombe*, 8 JWIT (2007), S. 372.

³⁴⁵ *Ceyssens/Sekler*, BITs der Bundesrepublik, S. 13.

³⁴⁶ UNCTAD (1998), BIT in the Mid-1990s, S. 117.

³⁴⁷ *Gallagher/Birch*, 7 The Journal of World Investment and Trade (2006), S. 961.

³⁴⁸ *Congyan*, 8 The Journal of World Investment and Trade (2007), S. 839.

³⁴⁹ UNCTAD, World Investment Report 1998: Trends and Determinants, (1998), S.99-116

³⁵⁰ *Protosaltis*, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *aspects nouveaux*, S.157.

ist, nicht hingegen ein eigenständiger Investitionsfaktor.³⁵¹ Dementsprechend wurden im IC-SID *Final Report on the Legal Framework for the Treatment of Foreign Investment* Investitionsschutzmechanismen lediglich als *“one of many basic requirements which together can make a difference in investment decisions and behaviour”*³⁵² gekennzeichnet.

Bei einer Investitionsentscheidung wird das eingegangene Risiko in Verhältnis zu dem potentiellen Gewinn gestellt. Der Investitionsschutz senkt, indem er das politische Risiko mindert,³⁵³ allenfalls die Schwelle der Rentabilität.

c) Empirisch

aa) Keinen Einfluss der BITs auf dem FDI Zufluss

Die UNCTAD hat mehrmals den Zusammenhang zwischen FDI und BITs empirisch untersucht.³⁵⁴ Die Analysen zeigten zwar eine positive, aber nur sehr geringfügige Wirkung von BITs auf den Zufluss an FDI. So heißt es in einer Studie der UNCTAD: *„an aggregate statistical analysis does not reveal a significant independent impact of BITs in determining FDI flows”*.³⁵⁵ Einer weiteren Studie zufolge ist die fördernde Wirkung von BITs auf FDI allenfalls schwach: *„At best, BITs play a minor and secondary role in influencing FDI flows”*.³⁵⁶ Dieser geringe Einfluss kann etwa darin bestehen, dass ein BIT erst im Zusammenspiel mit anderen stark bestimmenden Faktoren, wie z.B. der wirtschaftlichen Lage des Gastlandes, für die Investitionsentscheidung ausschlaggebend ist.³⁵⁷

Der *World Development Report* der Weltbank deutet darauf hin, dass BITs überhaupt keinen Einfluss auf den Investitionsfluss nehmen. Hier heißt es : *“countries that had concluded a BIT were no more likely to receive additional FDI than were countries without such a pact”*.³⁵⁸ Dies belegen auch weitere empirische Studien.³⁵⁹ Schließlich wird teilweise vertreten, dass

³⁵¹ *Ibid.*, S.157.

³⁵² Progress Report, ICSID Rev.-FILJ, Vol.7 (1992), S.317.

³⁵³ *Ibid.*, S.317, S.157ff.

³⁵⁴ UNCTAD (1998), BIT in the Mid-1990s; UNCTAD (2003), World Investment Report, S. 89; UNCTAD (1998), World Investment Report, S. 117.

³⁵⁵ UNCTAD (2003), World Investment Report, S. 89.

³⁵⁶ UNCTAD (1998), BIT in the Mid-1990s, S. 117.

³⁵⁷ Tobin/Ackerman, Yale Law Centre for Law, Economics and Public Policy Research Paper No. 293 (2005), S. 22.

³⁵⁸ Zitiert nach: Sornarajah, Foreign Investment, S. 216.

³⁵⁹ Hallward-Driemeier, World Bank Policy Research Working Paper No. 3121 (2003); Tobin/Ackerman, Yale Law Centre for Law, Economics and Public Policy Research Paper No. 293 (2005); Yackee, in: Sachs/Sauvant (Hrsg.), Impact, Chap. 14.

BITs vereinzelt sogar einen negativen Effekt auf den Investitionsfluss haben können - insbesondere dann, wenn die Gesamtumstände im Gastland instabil sind.³⁶⁰ Zwar gebe es viele Beispiele von Ländern mit einer großen BIT-Dichte, die viele FDIIs importieren, jedoch sei dies auf BIT-unabhängige, positive Rahmenumstände in diesen Ländern zurückzuführen, die sie zu weiteren BIT Abschlüssen motivieren.³⁶¹

bb) Positiver Einfluss der BITs auf dem FDI Zufluss

Nur wenige Studien kommen zu dem eindeutigen Ergebnis, dass BITs zu einer spürbaren Mehrung von FDIIs führen.³⁶² Ausweislich dieser Studien ist der Effekt eines BITs umso größer, je schwächer die übrigen nationalen Institutionen des Gastlandes sind.³⁶³ Andere Studien zeigen zwar einen positiven Einfluss, relativieren diesen aber zugleich: So belegt eine Studie zwar eine signifikante Steigerung des Investitionszuflusses jenen Ländern, die mit den USA einen BIT abgeschlossen haben. Die genannten Zahlen beziehen sich indes nur auf den absoluten Anstieg der Auslandsinvestitionen. Die relative Zahl, d.h. der Anteil von Investitionen aus den USA, war dagegen nicht Gegenstand der Untersuchung.³⁶⁴

d) *Bewertung der Ergebnisse*

Diese gegensätzlichen Ergebnisse zeigen, dass der Einfluss von BITs auf den FDI Zufluss schwer zu beweisen ist. Dies beruht auf verschiedenen methodischen Ansätzen und auf der Vielfalt der bestimmenden Faktoren.³⁶⁵

aa) Unterschiedliche Berechnungsmethode

Studien stützen sich in der Regel auf ökonometrische Methoden. Hierbei handelt es sich um einen wirtschaftswissenschaftlichen Ansatz, der ökonomische Theorien sowie mathematische Methoden und Grundsätze der statistischen Datenerfassung zusammenführt, um ökonomische

³⁶⁰ Tobin/Ackerman, Yale Law Centre for Law, Economics and Public Policy Research Paper No. 293 (2005), S. 23, 34.

³⁶¹ Hallward-Driemeier, World Bank Policy Research Working Paper No. 3121 (2003), S. 22.

³⁶² Neumayer/Spess, World Development, Elsevier vol.33 (2005), S. 27; Bütte/Milner, in: Sachs/Sauvant (Hrsg.), Impact, Chap. 6.

³⁶³ Neumayer/Spess, World Development, Elsevier vol.33 (2005), S. 27.

³⁶⁴ Salacuse/Sullivan, 46 Harv. Int'l L.J. (2005), S. 109.

³⁶⁵ Sachs/Sauvant, in: Sachs/Sauvant (Hrsg.), Impact, S. 18.

Phänomene empirisch quantitativ zu analysieren. Die Ergebnisse von empirischen Studien basieren auf unkontrollierbaren Variablen, ungenauen Schätzungen und unterschiedlichen Berechnungsmethoden. Ein großer Unsicherheitsfaktor ist dabei die Schwierigkeit, Kausalzusammenhänge isoliert zu messen: Es gibt keine Situation, in der das Bestehen eines BITs alleiniges Motiv für eine Investitionsentscheidung ist, so dass die Interaktion zwischen BITs und FDIIs zwangsläufig nur aufgrund einer Fiktion gemessen werden kann. Man spricht hierbei von „Regressoren“ als erklärende Größen, die einen zu bestimmenden Einfluss auf die zu erklärende Größe (Regressand) ausüben kann. Bei der Untersuchung der Auswirkungen von BITs wäre der Regressor das Bestehen von BITs, der Regressand der Zuwachs an FDIIs. Die Studien wenden dabei unterschiedliche Methoden und Kalkulationsansätze an: FDIIs werden entweder als Bestände oder als Neuinvestitionen gemessen. Während manche Studien den Zufluss zwischen Länderpaaren über einen längeren Zeitraum bewerten,³⁶⁶ bemessen andere den absoluten Zufluss an FDIIs mancher Länder und vergleichen ihn mit der gesamten Anzahl an bestehenden BITs.³⁶⁷ Wieder andere dagegen messen den relativen Zufluss an FDIIs anhand der Evolution des FDI Zuflusses über einen bestimmten Zeitraum.³⁶⁸ Schließlich existieren Studien, die den absoluten Investitionsstrom zwischen Länderpaaren analysieren und diesen in Relation zu dem gesamten Volumen an Investitionszuflüssen für die bemessene Periode stellen.³⁶⁹ Im Ergebnis sprechen sich die unterschiedlichen empirischen Untersuchungen gegenseitig den Geltungsanspruch ab, indem sie die jeweils anderweitig verwendeten Kalkulationsansätze kritisieren.³⁷⁰

bb) Problem der Fehlspezifikation und der Endogenität

Empirische Ergebnisse leiden oft an einer Fehlspezifikation. Diese kann darin bestehen, dass wichtige Regressoren fälschlicherweise nicht berücksichtigt werden (z.B. der Einfluss der Wirtschaftslage auf die Investitionsentscheidung) oder umgekehrt irrelevante Variablen in das Modell aufgenommen werden (z.B. Tatsachen, die dem Investor bei der Investitionsentscheidung unbekannt waren). Beide Arten der Fehlspezifikation haben Auswirkung auf die Schätzung: Wird eine wichtige erklärende Variable nicht berücksichtigt, kommt es bei der Berechnung der Koeffizienten der zu berücksichtigenden Regressoren zu fehlerhaften Schätzungen, da der Einfluss der fälschlicherweise ausgeschlossenen Variablen mitberücksichtigt wird.

³⁶⁶ Hallward-Driemeier, World Bank Policy Research Working Paper No. 3121 (2003).

³⁶⁷ Neumayer/Spess, World Development, Elsevier vol.33 (2005).

³⁶⁸ Salacuse/Sullivan, 46 Harv. Int'l L.J. (2005), S. 67.

³⁶⁹ Tobin/Ackerman, Yale Law Centre for Law, Economics and Public Policy Research Paper No. 293 (2005).

³⁷⁰ Egger, Wirtschaftspolitische Blätter 1/2005, S. 171/172.

Wenn überflüssige Variablen berücksichtigt werden, verringert sich die Schätzgenauigkeit, da der zusätzlich geschätzte Koeffizient der Variablen zur weiteren Ungenauigkeit der Schätzung führt.³⁷¹ Diese methodischen Schwierigkeiten, den Einfluss von BITs auf den Investitionsfluss festzustellen, wurden in verschiedenen Studien hervorgehoben.³⁷² Die Bestimmung und Berücksichtigung aller relevanten Variablen scheint eine derart schwierige Aufgabe zu sein, dass offenbar alle Studien an Fehlspezifikationen leiden. So besagt das Zusammentreffen einer großen BIT Dichte und hohem Investitionszufluss nicht, dass BITs den Investitionszufluss zwangsläufig fördern: Ein Staat kann ein hohes politisches und wirtschaftliches Risiko aufweisen, das den Abschluss von BITs motiviert. Zugleich übt ein Staat mit großen politischen und wirtschaftlichen Risiken einen hohen Investitionsanreiz aus, weil dort das Wachstumspotenzial und der Investitionsgewinn in der Regel am größten sind.³⁷³

Ein weiteres Problem ist die Endogenität der BITs. Die meisten Untersuchungen und Schätzmethoden setzen ein Modell voraus, bei dem Ursache und Wirkung exakt voneinander getrennt sind. Im Falle der Beziehung zwischen BITs und FDIs sind jedoch starke endogene Wirkungen zu vermuten: Abkommen werden zwischen ganz bestimmten Länderpaaren und nicht etwa zufällig abgeschlossen;³⁷⁴ Länder, die aufgrund anderer Faktoren (d.h. nach unabhängigen Variablen) als attraktiver Investitionsstandort erscheinen, werden eher als Vertragspartner von BITs ausgesucht.³⁷⁵ Die Kausalkette könnte sogar genau umgekehrt verlaufen. So wird teilweise vertreten, es seien bereits existierende Investitionen, die zum Abschluss von BITs motivierten. Grund sei, dass Investoren, die sich in einem Gaststaat etabliert haben, Druck auf die dortige Regierung ausübten, mit ihrem Herkunftsstaat einen BIT abzuschließen.³⁷⁶ In diesem Fall würden die BITs nur zur Konsolidierung bereits bestehender Investitionen dienen.

Ein weiteres Problem der obigen Studien besteht schließlich darin, dass diese lediglich den Zufluss an neuen Investitionen messen. Sie berücksichtigen nicht, inwieweit BITs einen Einfluss darauf haben können, dass einem Land bestehende Investitionen erhalten bleiben,³⁷⁷ was besonders wichtig ist, da längerfristige Investitionen in der Regel bessere Auswirkungen auf die Entwicklung der Gastländer haben.³⁷⁸

³⁷¹ Zu den ökonomischen Meßmethoden vgl.: *Missong*, Einführung in die Ökonometrie, S.19.

³⁷² UNCTAD (1999), Fair and Equitable Treatment, S. 65.

³⁷³ *Shihata*, 6 ICSID Rev. FILJ (1991), S. 485; *Egger*, Wirtschaftspolitische Blätter 1/2005, S. 172.

³⁷⁴ *Egger*, Wirtschaftspolitische Blätter 1/2005, S. 172.

³⁷⁵ *Aisbett*, in: Sachs/Sauvant (Hrsg.), Impact, Chap. 15.

³⁷⁶ UNCTAD (1998) BIT in the Mid-1990s, S. 118; *Swenson*, 12 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y (2005), S.131ff.

³⁷⁷ *Swenson*, 12 U.C. Davis J. Int'l L. & Pol'y (2005), S. 131ff.

³⁷⁸ *Manciaux*, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 9 No. 6, Rn. 19.

cc) Die bestimmenden Faktoren einer Investition

Eine weitere Schwierigkeit, die Kausalkette zwischen BITs und Investitionsfluss zu etablieren, besteht darin, dass es meist eine Vielfalt einflussnehmender, bestimmender Faktoren im Gaststaat gibt: Hierzu zählen ökonomische und finanzielle Faktoren (wie die mikro- und makroökonomischen Rahmenbedingungen, das Bestehen eines Finanzsektors, die staatliche Handelspolitik und die allgemeine Infrastruktur³⁷⁹), juristische Rahmenbedingungen³⁸⁰ (wie das Bestehen von BITs³⁸¹) sowie politische, kulturelle und informelle Faktoren (wie die politische Stabilität und die Integration im Weltmarkt³⁸²).

Aufgrund der großen BIT-Dichte sowie der extensiven Anwendung der BITs durch die Gerichte fallen sehr viele Investitionen in den Anwendungsbereich eines BITs. Damit fehlt es an einem BIT-freien Raum als Vergleichsmaßstab. Hinzu kommt, dass viele Länder auch anderen regionalen bzw. multilateralen Handels- oder Investitionsabkommen angehören,³⁸³ so dass der Einfluss der einzelnen Investitionsschutzmechanismen auf den FDI-Fluss schwer bestimmbar ist. Auch ist die Gewichtung der Bestimmungsfaktoren bei jeder Investition anders: Wenn etwa in natürliche Ressourcen investiert werden soll, wird bei der Ortsentscheidung das Bestehen eines BITs eine untergeordnete Rolle spielen, da vor allem die Lokalisierung der natürlichen Ressourcen ausschlaggebend sein wird. Diesbezüglich differenzierende Statistiken über den Bestand und Zufluss an FDI sind allerdings selten.³⁸⁴

e) Zusammenfassung

Obwohl BITs den Interessen von Investoren dienen, kommt man bei der Frage der Wirkung von BITs auf den Investitionsfluss zu keinem eindeutigen Schluss. Empirische Studien sind hinsichtlich der Beziehungen zwischen BIT und Investitionszufluss unergiebig,³⁸⁵ manche Studien nehmen einen positiven Einfluss an, andere verneinen die investitionssteigernde Wirkung der BITs. Diese Gegensätzlichkeiten gründen auf unterschiedlichen Erhebungs- und Kalkulationsansätzen sowie der praktischen Schwierigkeit, die Beziehung zwischen BITs und Investitionsfluss zu erfassen. Der Einfluss von BITs lässt sich in der Regel nicht unabhängig

³⁷⁹ Shihata, 6 ICSID Rev. FILJ (1991), S. 490.

³⁸⁰ Sachs/Sauvant, in: Sachs/Sauvant (Hrsg.), Impact, S.18.

³⁸¹ Ibid, S.18.

³⁸² Shihata, 6 ICSID Rev. FILJ (1991), S. 490.

³⁸³ Sachs/Sauvant, in: Sachs/Sauvant (Hrsg.), Impact, S.23: Viele FDI in den Entwicklungsländer fallen auch im Schutzbereich des GATs.

³⁸⁴ Ibid, S.22.

³⁸⁵ Sauvé, CEPAL- SERIE Comercio internacional N° 66 (2006), S. 7.

von anderen Faktoren, mit denen sie oft in Wechselwirkung stehen, beurteilen.³⁸⁶ Aufgrund der Schwierigkeiten, Investitionsmotive selbstständig voneinander zu erfassen, können empirische Studien über den Einfluss der BITs auf den Investitionsfluss allenfalls Tendenzen aufzeigen. Über einen unterstützenden Effekt der BITs innerhalb eines Bündels an bestimmenden Investitionsfaktoren hinaus gibt es keinen zuverlässigen empirischen Beweis für die Beziehung zwischen dem Bestehen eines BITs und einem gesteigerten FDI-Zufluss.³⁸⁷ Die Gründe für eine Investition in einem bestimmten Land sind vielfältig und Folge der subjektiven Beurteilung des Investors. Die Tatsache, dass ein einschlägiger BIT besteht, ist oft nur ein Faktor unter vielen und von untergeordnetem, unselbständigem Einfluss auf die Willensbildung.³⁸⁸ BITs spielen mangels Kenntnis mancher Investoren für die Investitionsentscheidung kaum eine Rolle; sie werden erst im Streitfall relevant. Dieser Befund ist allerdings nur eine Momentaufnahme, weil Investoren möglicherweise in Zukunft besser informiert sein und somit BITs bei der Investitionsentscheidung eine größere Rolle spielen werden.³⁸⁹ Letztendlich scheint vor allem das Bestehen von funktionierenden und rechtsstaatlichen nationalen Institutionen ein sehr wichtiger Faktor für den Investitionszufluss zu sein.³⁹⁰ Der Einfluss von BITs auf die Qualität der nationalen Institutionen wird in V. 1. untersucht.

3. Entwicklungsfördernde Wirkung von Investitionen

*“There is widespread consensus in the international community that foreign direct investment (FDI) is necessary for sustainable development“.*³⁹¹

a) Vorgehensweise

Ausgehend von der Prämisse, dass BITs für Investitionen zumindest ein bestimmender Faktor unter vielen sind, soll im Folgenden untersucht werden, inwieweit Investitionen für Wachstum und Entwicklung der Gaststaaten förderlich sind. Auf den ersten Blick scheint ein Kon-

³⁸⁶ Cosbey, IISD 2005, S.8.

³⁸⁷ Franck, 19 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. (2007), S. 348.

³⁸⁸ UNCTAD (1999), Fair and Equitable Treatment, S. 55.

³⁸⁹ Hallward-Driemeier, World Bank Policy Research Working Paper No. 3121 (2003), S. 23.

³⁹⁰ Ibid, S. 23.

³⁹¹ Newcombe, 8 JWIT (2007), S. 357.

sens darüber zu bestehen, dass FDIs zu Wachstum führen.³⁹² Das Gegenteil zu behaupten „*negates nearly a hundred years of modern economic thought*“.³⁹³ Die Tatsache, dass nahezu alle Entwicklungsländer BITs in der Hoffnung schließen, Investitionen zu fördern, wird als Bestätigung dieser entwicklungsfördernden Wirkung gesehen.³⁹⁴ Auf dem Höhepunkt der Liberalisierung war die Ansicht vorherrschend, dass der un gelenkte Fluss von Investitionen einen positiven Effekt auf die Entwicklung habe und die rechtlichen Rahmenbedingungen für Investitionen dementsprechend möglichst liberal und investitionsfördernd ausgestaltet sein sollten.³⁹⁵ Es stellt sich jedoch die Frage, ob diese Theorie wirtschaftlich und unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten zutreffend ist. In Folgenden wird daher die Wirkung von Investitionen auf das Wachstum, als zentralem Indikator einer Volkswirtschaft³⁹⁶, und auf die nachhaltige Entwicklung der Gaststaaten untersucht. Dabei werden verschiedene Perspektiven über die Wirkung von FDIs auf die Entwicklung dargestellt.

b) Einfluss von FDIs auf die Entwicklung

aa) Negative Effekte von FDIs: Die Abhängigkeitstheorie

Nach der Abhängigkeitstheorie tragen FDIs nicht zur wirtschaftlichen Entwicklung bei, sondern sind ihr im Gegenteil hinderlich. Ein auf FDI gestütztes Wachstum führe die Gaststaaten in ein Abhängigkeitsverhältnis zu den Volkswirtschaften der entwickelten Länder, hindere sie an der eigenständigen Ausschöpfung ihre Ressourcen und halte somit ihre selbstständige Entwicklung auf.³⁹⁷ Volkswirtschaften, die viele FDIs anziehen, seien als eine Form von „*dependent capitalism*“³⁹⁸ zu betrachten.

Die Abhängigkeitstheorie, die ihren Ursprung in der Bewegung zur Schaffung einer *New International Economic Order* hat, geht von der Prämisse aus, dass die meisten FDIs in den Entwicklungsländern durch Tochtergesellschaften von multinationalen Firmen gemacht werden und in erster Linie im Interesse der Muttergesellschaften, deren Aktionäre und deren Herkunftsstaaten erfolgen. Die Gaststaaten würden dadurch zu peripheren Volkswirtschaften, die

³⁹² Reyntjens, im Vorwort zu: *Schokkaert*, Pratique conventionnelle, S. V: „L’importance des investissements pour la croissance des économies, n’est aujourd’hui contestée par personne.“ ; *Jessen*, in: Gehring/Cordonnier Segger (Hrsg.), Sustainable Development, S. 77.

³⁹³ *Devashish*, in: Weiler (Hrsg.), Investment Treaty Arbitration, S.15.

³⁹⁴ UNCTAD (1999), Fair and Equitable Treatment, S. 54; *Sachs/Sauvant*, in: Sachs/Sauvant (Hrsg.), Impact, S. 1

³⁹⁵ *Sornarajah*, Foreign Investment, S.51.

³⁹⁶ *Elfer*, Internationale Investitionsverträge, S.76.

³⁹⁷ *Sornarajah*, Foreign Investment, S.58.

³⁹⁸ *Scandiucci Filho*, UNCTAD Expert Meeting 2007, S. 2.

lediglich den Interessen der kapitalexportierenden Länder dienen.³⁹⁹ Eine wirtschaftliche Entwicklung sei in einem solchen peripheren, sich an den Bedürfnissen der entwickelten Länder orientierendem Umfeld unmöglich.

Als Konsequenz dieser Kritik an FDIs kam es in Lateinamerika - u.a. in Venezuela, Bolivien und Ecuador - zu Bewegungen zur Restrukturierung der lokalen Wirtschaft ohne fremde Investitionen. Dies geschah teilweise durch Nationalisierungen. Das Beispiel Argentinien, das trotz bzw. aufgrund seiner sehr liberalen Politik zwischen 1998 und 2002 eine wirtschaftliche Krise größeren Ausmaßes erlitt, hat diese Bewegung bestärkt. Sie findet zudem Bestätigung in der Geschichte der Handels- und Investitionspolitik entwickelter Länder, deren Entwicklung und Reichtum nicht auf der Liberalisierung ihres Handels oder einer investitionsfreundlichen Politik beruht: Die USA, Deutschland, Frankreich z.B. waren stets bedacht, ausländische Investitionen zu kontrollieren und zu regulieren; Finnland hat sich durch eine restriktive Investitionspolitik innerhalb eines Jahrhunderts von einem sehr armen zu einem sehr reichen Land entwickelt.⁴⁰⁰

bb) Positive Effekte von FDIs: Klassischer Ansatz

Nach einer Gegenansicht wirken sich Investitionen uneingeschränkt positiv auf die wirtschaftliche Entwicklung eines Landes aus. Dieser freie, marktwirtschaftliche Ansatz erhielt in den 90er Jahren, nach dem Sturz der Sowjetunion, Auftrieb. Der Globalisierungsprozess nahm zu. Dies wurde forciert durch die Entwicklung neuer Technologien - v.a. im Kommunikationssektor - sowie sehr liberale Darlehensbedingungen der Weltbank und des Internationalen Währungsfonds.⁴⁰¹

Der freie, marktwirtschaftliche Ansatz attestiert FDIs aus folgenden Gründen positive Effekte: Ein transnationaler Investitionsfluss, insbesondere wenn er durch ein transnationales Unternehmen erfolgt, integriert die Volkswirtschaften der Gastländer in der Weltwirtschaft und trägt somit zur globalen, aber auch lokalen Entwicklung bei.⁴⁰² Investitionen sind eine zusätzliche Kapitalquelle für das Gastland und führen zu erhöhter Produktivität und Beschäftigung.⁴⁰³ Ferner importieren und verbreiten ausländische Investoren Technologien und *Know-How*, die im Gastland nicht verfügbar sind. Es werden neue Arbeitsplätze geschaffen, die lo-

³⁹⁹ Sornarajah, Foreign Investment, S.57.

⁴⁰⁰ Sachdeva, 8 The Journal of World Investment and Trade (2007), S. 542-543.

⁴⁰¹ Sornarajah, Foreign Investment, S.52.

⁴⁰² Muchlinski, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), Oxford Handbook, S.11.

⁴⁰³ Belling, Jurisdiktion, S. 30.

kalen Arbeitnehmer eignen sich die angewandten Technologien an und bilden sich hierdurch weiter. Ausländische Investoren bauen oder beteiligen sich an Infrastrukturen, die der Allgemeinheit dienen.⁴⁰⁴ Auf diese Weise wird inländisches Kapital für Aufgaben des öffentlichen Wohles freigesetzt: örtliche Infrastrukturen wie das Erziehungssystem, die ärztliche Versorgung oder öffentliche Verkehrsmittel werden unter dem Einfluss der fremden Investoren verbessert. Daher sollten FDIIs einen erhöhten Schutz durch das transnationale Recht genießen, um deren Zufluss zu steigern und diesen erfolgversprechenden Prozess der Globalisierung weiterzuführen.⁴⁰⁵

c) Folgen von FDIIs für den Gaststaat

aa) Anbindung zum internationalen Markt

Oft verfügen ausländische Investoren über weltweite Kontakte und kennen den internationalen Markt und die transnationalen Vertriebswege gut. Dadurch können sie lokale Produkte besser in dem Weltmarkt einführen als inländische Produzenten.⁴⁰⁶ Länder, die im Welthandel, u.a. durch Steigerung ihres Export- und Importflusses, integriert sind, erfahren nachweislich größeres Wachstum als protektionistische Länder.⁴⁰⁷

Dessen ungeachtet bestehen Zweifel, ob FDIIs eine Anbindung an den internationalen Markt schaffen. Grund ist, dass ausländische Investoren aufgrund ihrer Unternehmensstruktur oft weiterhin stark von ihrem Herkunftsland geprägt sind, so dass lediglich der ausländische Investor global an den Weltmarkt angebunden ist, nicht jedoch der Gaststaat.⁴⁰⁸ Auch können große ausländische Kapitalzuflüsse eine Währungs- und Steuerpolitik, die darauf abzielt, Inflation zu mindern und Exporte zu fördern, zunichte machen: So werden Investoren typischerweise durch hohe Zinssätze gelockt. Diese führen oft zu einer Inflation, da die Währung kurzfristig überbewertet wird und anschließend wieder abgewertet werden muss. Schließlich kann eine investitionsorientierte Politik die staatliche Handelsbalance negativ werden lassen.⁴⁰⁹ Auch dies bewirkt eher eine Abhängigkeit vom internationalen Markt als eine - positiv verstandene - Anbindung.

⁴⁰⁴ Sornarajah, Foreign Investment, S.51.

⁴⁰⁵ Ibid, S.52.

⁴⁰⁶ Shihata, 6 ICSID Rev. FILJ (1991), S. 487.

⁴⁰⁷ Jessen, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), Sustainable Development, S. 78.

⁴⁰⁸ Muchlinski, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), Oxford Handbook, S. 12.

⁴⁰⁹ Carrasco/Thomas, 34 Columbia Journal of Transnational Law (1996), S.576.

bb) Folgen für die inländischen Kapazitäten

Wachstum erfolgt in der Regel entweder durch eine effektivere Auslastung der Produktionsfaktoren oder durch eine Ausweitung der Produktionskapazitäten. Wachstum durch Ausweitung der Produktionskapazitäten ist beschränkt, weil dieses lediglich den Bestand, z.B. natürliche Ressourcen, ausschöpft. Ein Wachstum durch bessere Auslastung der Produktionsfaktoren ist dagegen unbeschränkt, da es auf einem höheren Bildungsniveau der Gesellschaft und technologischem Fortschritt aufbaut.⁴¹⁰

FDIs reichen der nationalen Entwicklung nur dann zum Vorteil, wenn das Investitionsvolumen im Land insgesamt um mehr als den Anteil der ausländischen Investitionen steigt.⁴¹¹ Denn erst dann schlagen sich FDIs im lokalen Bruttoinlandsprodukt nieder. Werden vorhandene inländische Produktionseinheiten von ausländischen Investoren übernommen, wird der entwicklungstechnische *status quo* zunächst nicht verändert. Etwas anderes gilt dann, wenn das durch den Verkauf freigesetzte Kapital in der inländischen Wirtschaft reinvestiert wird. Erst wenn inländische Investitionskapazitäten freigesetzt werden, kann von einem positiven Entwicklungsbeitrag gesprochen werden, so dass FDIs nur in Ergänzung zu inländischen Investitionen zu Wachstum führen können. Ihre entwicklungsfördernde Wirkung hängt somit von der Absorptionsfähigkeit der inländischen Unternehmen ab:⁴¹² Je größer der technologische Unterschied zwischen inländischen und ausländischen Unternehmen, desto geringer die Absorptionsfähigkeit des inländischen Unternehmens.⁴¹³ Aus diesem Grund spielen Übertragungseffekte, d.h. die Erzeugung positiver Produktivitätseffekte bei inländischen Unternehmen durch FDIs, eine große Rolle.⁴¹⁴ FDIs können inländisches Kapital freisetzen und dadurch neue vorgelagerte oder nachgelagerte Investitionen fördern. Ein fördernder Effekt wird oft im Bereich der Herstellung von Vorprodukten oder im Bereich der Weiterbearbeitung erfolgen, weshalb FDIs in der Regel eine positive Wirkung auf die Beschäftigung inländischer Arbeitnehmer haben.⁴¹⁵ Die durch das wirtschaftliche Wachstum erwirtschafteten Ressourcen tragen ebenfalls zur Entwicklung bei, wenn sie in dem betreffenden Land reinvestiert werden.

Allerdings wirken sich FDIs negativ aus, wenn sie knappe Ressourcen (wie z.B. qualifizierte Arbeitskräfte oder natürliche Ressourcen) absorbieren und gleichzeitig die Profite rücktransferiert werden.⁴¹⁶ Der Gaststaat verliert dadurch an Ressourcen, ohne hierbei etwas zu verdie-

⁴¹⁰ Elfer, Internationale Investitionsverträge, S. 77.

⁴¹¹ Agostin, UNCTAD Paper Nr. 146 (2000), S. 1-3.

⁴¹² UNCTAD (2003), Transnational Corporations, Vol.12, Nr.3, S. 7.

⁴¹³ Lim, IMF Working Papers 01/175 (2001), S.4.

⁴¹⁴ Elfer, Internationale Investitionsverträge, S. 77.

⁴¹⁵ Ibid, S. 91.

⁴¹⁶ Jiogue, Investissements au Cameroun, S. 504.

nen. Ferner besteht die Gefahr, dass ausländische Investoren inländische Produzenten und Investoren aus kompletten Wirtschaftssparten verdrängen (*crowding out Effekt*). Überlegenes *Know-How* oder Mittel seitens der ausländischen Investoren führen zu einer Wettbewerbsverzerrung aufgrund derer es, global betrachtet, zu keinem Wachstum kommt.⁴¹⁷ In Afrika z.B. wurden ganze Branchen der traditionellen Landwirtschaft durch die Lebensmittelindustrie verdrängt.⁴¹⁸ Auch die von Investoren in Entwicklungsländern häufig initiierten Privatisierungen können sich nachteilig auswirken. Sie können für die inländische Bevölkerung zu einem Qualitätsverlust bei gleichzeitiger Preiserhöhung führen,⁴¹⁹ während der Staat Einnahmen verliert, die er ins Sozialwesen und in Infrastrukturen investieren könnte. Da viele BITs den Kapitalfluss, z.B. durch Rücküberführungsklauseln oder durch Klauseln, die den Investitionsgewinn für steuerfrei erklären,⁴²⁰ liberalisieren, werden diese Ausfälle nicht zwangsläufig durch Investitionen kompensiert und die relative Armut vergrößert sich.⁴²¹

cc) Endogenität der Beziehung Investition – Entwicklung

Eine Endogenität liegt vor, wenn die Ursachen der Entwicklung bereits in der Entwicklung selbst liegen und nicht von Außenfaktoren, z.B. durch Investitionen, beeinflusst werden.⁴²² Oft führen andere Faktoren wie humanes Kapital zum Wachstum; Investitionen werden lediglich von diesen Faktoren angezogen, ohne selbst Bedingung dieser Faktoren zu sein.⁴²³ Wachstum und Investitionen stehen in Wechselwirkung, wobei Wachstum mindestens genauso stark FDIs anzieht wie umgekehrt.⁴²⁴ Empirische Untersuchungen zeigen, dass Investitionen erst in Kombination mit anderen Faktoren, z.B. Technologietransfers, inländischer Wirtschafts- und Bevölkerungsstruktur, Bildungsgrad oder stabilen lokalen Institutionen, zur Entwicklung führen, wobei die einzelnen Verursachungsbeträge sich schwer auseinanderhalten und quantifizieren lassen.⁴²⁵

⁴¹⁷ Elfer, Internationale Investitionsverträge, S. 82.

⁴¹⁸ Jioque, Investissements au Cameroun, S. 504.

⁴¹⁹ Ibid, S. 504.

⁴²⁰ Vgl. z.B. Art. 7 (1) Model BIT USA 2004: „Each Party shall permit all transfers relating to a covered investment to be made freely and without delay into and out of its territory. (...)”.

⁴²¹ Cobham, Global Social Policy, Vol. 2 (2002), S.165.

⁴²² Carkovic/Levine, University of Minnesota Department of Finance Working Paper (2002), S. 3.

⁴²³ Ibid, S. 23.

⁴²⁴ Cosbey, IISD 2005, S. 11.

⁴²⁵ Kahn, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), Aspects nouveaux, S. 19; Prasad/Rogoff/Wei/Kose, IMF Occasional Paper 220 (2003), S. 6ff., 23.

dd) Volatilität von FDI

Ein Kapitalzufluss ist stets im Zusammenhang mit dem Kapitalabfluss in Form von Rücktransfers der Profite zu betrachten. Erst wenn er auf lange Sicht den Kapitalabfluss deutlich übersteigt, sind FDI

entwicklungsfördernd. Manche Studien zeigen jedoch, dass der Kapitalabfluss oft höher ist als der Kapitalzufluss.⁴²⁶ Ein plötzlicher Zufluss an fremden Investitionen kann ohne einen entsprechend stabilen Gesetzesrahmen ferner zu sozialen und ökonomischen Verzerrungen führen,⁴²⁷ die in systemischen Wirtschaftskrisen wie 1994/1995 in Mexiko, 1997/1998 in Ostasien und 1998-2002 in Argentinien münden können. Staaten, die von ausländischem Kapitalzufluss abhängen, sind anfälliger für Finanzkrisen. Denn beim ersten Anzeichen von Rezessionen oder Vorliegen anderer Umstände wird investiertes Kapital häufig schlagartig zurückgenommen. Die kann eine Kettenreaktionen von anderen Investoren auslösen, die ebenfalls ihr Kapital abziehen. So ist etwa die asiatische Finanzkrise ebenso wie die mexikanische wesentlich dadurch entstanden, dass fremde Investitionen, insbesondere Portfolio-Investitionen, plötzlich zurückgenommen wurden.⁴²⁸ Im Dezember 1994 wurden 4 Milliarden US Dollar aus Mexiko transferiert.⁴²⁹ Innerhalb kürzester Zeit stand Mexiko daraufhin kurz vor dem Staatsbankrott. Diese Krise erfolgte, obwohl sich in Mexiko seit den 80ern ein sehr liberales Handels- und Investitionsregime etabliert hatte und viele Privatisierungen und Investitionen stattgefunden hatten.⁴³⁰ Diese rasche Kapitalrücküberführung wurde u.a. durch BIT Klauseln ermöglicht, die die freie Rücküberführung von Investitionsgewinn sicherstellten.⁴³¹ Eine Beschränkung des freien Kapitaltransfers als Eindämmung des Schneeballeffektes in Krisenfällen wird allerdings von vielen BITs verboten.⁴³²

ee) Technologischer Fortschritt und Nachhaltigkeit

Durch FDI

können vielfältige Technologien wie Produktionstechniken, Kommunikationsmittel oder neue Strategien in den Gaststaat transferiert⁴³³ und lokale Fachkräfte ausgebildet wer-

⁴²⁶ *Oneal/Oneal*, 42 Int Org (1988), S.364.

⁴²⁷ *Sornarajah*, Foreign Investment, S.54.

⁴²⁸ *Ibid.*, S.61.

⁴²⁹ *Carrasco/Thomas*, 34 Columbia Journal of Transnational Law 531 (1996), S.563.

⁴³⁰ *Ibid.*, S.558.

⁴³¹ Vgl. z.B. Art. 7 Model BIT USA 2004: „Each Party shall permit all transfers relating to a covered investment to be made freely and without delay into and out of its territory (...).”

⁴³² *Ceyssens/Sekler*, BITs der Bundesrepublik, S. 6; Allerdings hat die Beratergruppe zum neuen US Modell BIT empfohlen, eine Ausnahme zum freien Kapitaltransfer in Fälle von Wirtschaftskrisen zu schaffen: *Peterson*, IA Reporter of October 14, 2009, Rn. 6.

⁴³³ *Shihata*, 6 ICSID Rev. FILJ (1991), S. 486.

den. Aus Sicht der Gaststaaten ist dieser technische Fortschritt einer der Hauptgründe für ihre Bemühungen um FDIs.⁴³⁴

Allerdings ist dieser entwicklungsfördernde Technologietransfer nicht *per se* gewährleistet, zumal er durch Patentierungen weitgehend gehindert wird und Leitungspositionen in den Firmen selten mit inländischem Personal besetzt werden.⁴³⁵ So zeigt eine Studie zu mexikanischen Montagefabriken, die infolge der NAFTA unter Leitung amerikanischer Investoren betrieben werden um den amerikanischen Markt zu bedienen (*maquiladora*), dass dort sehr wenige und bei 13% der Fabriken sogar gar keine mexikanischen Ingenieure beschäftigt werden. Im Elektroniksektor besitzen 73% der Fabriken keine Forschungs- und Produktentwicklungsabteilung. Nach diesem Befund hätten die *maquiladora* keine Entwicklung, sondern nur ein unausgewogenes Wachstum hervorgerufen.⁴³⁶ Auch nationale Unternehmen investieren wenig in die technologische Forschung, weil sie oft Produktionsmethoden und Technologien von den Muttergesellschaften der Investoren übernehmen, was eine selbstständige, technische und technologische Entwicklung des Gastlandes verhindert.⁴³⁷ Teilweise handelt es sich um Technologien, die im Herkunftsstaat veraltet oder verboten sind, hinsichtlich derer es im Gaststaat jedoch keine entsprechenden Verbotsregelungen gibt. Aus Angst, bei einer Änderung der Rechtslage im weltweiten Wettbewerb um Investoren unterzugehen, wenden Gastländer oft sehr niedrige Sicherheits- und Umweltstandards an,⁴³⁸ was zur Verursachung von immensen Schäden durch multinationale Unternehmen führen kann: So kamen bei der Bhopal Katastrophe 1984 in Indien mehrere tausend Menschen infolge einer Gasexplosion ums Leben und eine ganze Gegend wurde längerfristig kontaminiert, weil die Tochtergesellschaft eines US Unternehmens Schutzvorschriften nicht eingehalten hatte.⁴³⁹

ff) Lebensbedingung und Reichtumsallokation

Um Entwicklung zu gewährleisten, muss das importierte Kapital der inländischen Bevölkerung zugute kommen; die Folgen des Wachstums müssen gerecht verteilt werden. Die Wachstumsallokation spielt eine zentrale Rolle bei der Frage, ob FDIs zu einer nachhaltigen Entwicklung führen. Ausländische Investoren schaffen zwar oft Infrastrukturen, einen große-

⁴³⁴ *Ibid.*, S. 487.

⁴³⁵ Sornarajah, Foreign Investment, S.53.

⁴³⁶ La crise vue du Mexique, LE MONDE Diplomatique, Novembre 2009, S. 18-19.

⁴³⁷ Scandiucci Filho, UNCTAD Expert Meeting 2007, S. 2.

⁴³⁸ Sornarajah, Foreign Investment, S.62.

⁴³⁹ <http://wissen.spiegel.de/wissen/dokument/29/31/dokument.html?id=13511392>; <http://www.bhopal.com> (Stand: 01.01.10).

ren inländischen Markt und Wachstum. Jedoch bleiben diese oft den Eliten des Gastlandes vorenthalten oder es werden Bedürfnisse künstlich geschaffen, die keinen sozialen Nutzen aufweisen.⁴⁴⁰ Die Ressourcen, die aufgrund der FDIs und der Liberalisierung der Märkte in dem Land fließen, verteilen sich ungleichmäßig; es profitieren nur qualifizierte inländische Kräfte - z.B. durch höhere Löhne,⁴⁴¹ während die unqualifizierten Bevölkerungsschichten kaum an dem wachstumsfördernden Effekt der FDIs teilhaben.⁴⁴² Daraus folgt ein wachsender Einfluss der nationalen Eliten, die ihrerseits bestrebt sind, das Abhängigkeitsverhältnis zu den kapitalexportierenden Ländern zu stärken. Diese ungleichmäßige Verteilung führt zu einer dualen Gesellschaftsstruktur und einem steigenden Lohngefälle.⁴⁴³ Auch wenn absolut gesehen das Gesamteinkommen der Bevölkerung steigt, ist eine solche Aufteilung unter Entwicklungsgesichtspunkten nicht förderlich, denn sie führt zu Folgespannungen. Insbesondere Angehörige der unteren Gesellschaftsschicht werden von der positiven Spirale des Wachstums dauerhaft ausgespart. Denn je größer die Diskrepanz zwischen Reichen und Armen ist, desto schwieriger ist es, diese zu überwinden.

4. Der Mittelweg

Wie die obige Analyse gezeigt hat, können Investitionen im Einzelfall der Entwicklung anderer Länder förderlich sein. Dies lässt sich jedoch nicht verallgemeinern. Ferner ist deutlich geworden, dass ökonomische Theorien nicht als alleinige Basis für die Ausgestaltung des internationalen Investitionsrechts dienen können.⁴⁴⁴ Oft wird erst die konkrete Investitionsallokation Schlüssel zum Wachstum sein; zur Entwicklung führt sie nur, wenn sie mit einer besseren Auslastung der Produktionsfaktoren sowie einem *Know-How*- und Technologietransfer einhergeht.

Nach dem klassischen Ansatz ist aus gesamtwirtschaftlicher Perspektive zu beurteilen, ob FDIs zur Entwicklung beitragen. Dabei sei das Augenmerk insbesondere auf den mit FDIs verbundenen Ressourcenzufluss zu richten. Vertreter der Abhängigkeitstheorie sehen dies anders. Sie beurteilen das Vorliegen von Entwicklung vom Standpunkt der einzelnen Men-

⁴⁴⁰ vgl. z.B. die Einführung von Brustmilchersatz in armen Ländern: *Sornarajah*, Foreign Investment, S.54.

⁴⁴¹ *Behrmann/Birdsall/Szekely*, PIER Working Paper No. 01-048, (2003), S. 41.

⁴⁴² Zusammenfassend: *Cosbey*, IISD 2005, S.12.

⁴⁴³ *Elfer*, Internationale Investitionsverträge, S. 94.

⁴⁴⁴ *Sornarajah*, Foreign Investment, S.57.

schen.⁴⁴⁵ Dabei betrachten sie FDIIs als maßgeblichen Grund für die Fehlallokation von Reichtum.

Beide Theorien beruhen in ihrer Absolutheit mehr auf einer ideologischen als auf einer wirtschaftlichen Grundlage. Seit dem Ende des kommunistischen Systems und aufgrund verschiedener Wirtschaftskrisen haben sich die Fronten relativiert: Viele Entwicklungsländer wählen nun eine eher pragmatische als ideologische Herangehensweise,⁴⁴⁶ wägen genau zwischen den Vorteilen und den Kosten von FDIIs ab,⁴⁴⁷ erkennen ihre Wichtigkeit im Globalisierungsprozess⁴⁴⁸ und haben erfolgreich eine liberale Marktwirtschaft etabliert. Multinationale Firmen werden nicht mehr als „*principal agent of imperialism*“⁴⁴⁹ angesehen, sondern, selbst wenn deren Gefahrenpotential erkannt wird, als Partner der lokalen Regierungen.⁴⁵⁰ Das Beispiel der asiatischen und mexikanischen Finanzkrisen in den 90er Jahren hat gezeigt, dass Länder, deren Kapitalzufluss weitgehend auf FDIIs basiert, anfällig für Finanzkrisen sind und dass ein sehr investitionsfreundliches Klima allein nicht Garant für eine stabile und nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung ist. In den unvollkommenen Märkten der Entwicklungsländer fördern FDIIs die Entwicklung erst im Zusammenspiel mit nationalen und internationalen Unterstützungsmaßnahmen.⁴⁵¹ FDIIs sind ein Katalysator nachhaltiger Entwicklung, sofern ihre positiven Effekte gelenkt und ihre negativen Auswirkungen kontrolliert werden können.⁴⁵² Die Möglichkeit der Staaten zu einer entwicklungsorientierten Investitionspolitik ist daher ebenso ein Entwicklungskatalysator⁴⁵³ und sollte vom Investitionsschutzsystem nicht beschränkt werden.⁴⁵⁴ Der Investitionsschutz sollte sich daher möglichst den Entwicklungszielen der Staaten anpassen und ihnen die Möglichkeit zur Regulierung im Umwelt-, Sozial- oder Fiskalbereich geben.⁴⁵⁵ Diese Herangehensweise versucht daher einen Ausgleich zu finden zwischen den Interessen des Investors an einem beständigen, durchsichtigen und stabilen Umfeld einerseits und den Interessen des Staates an der Lenkung seiner Entwicklungsziele andererseits. Sie lässt sich in den Worten der Gipfelerklärung beim G8 Gipfel 2007 in Heiligdamm wie folgt zusammenfassen:

⁴⁴⁵ *Ibid*, S.59.

⁴⁴⁶ *Ibid*, S.59.

⁴⁴⁷ Carrasco/Thomas, 34 Columbia Journal of Transnational Law 531 (1996), S.575.

⁴⁴⁸ UNCTAD (2003), World Investment Report, S. 85.

⁴⁴⁹ Oneal/Oneal, 42 Int Org (1988), S.348.

⁴⁵⁰ Sornarajah, Foreign Investment, S.60.

⁴⁵¹ UNCTAD (2003), World Investment Report, S. 86.

⁴⁵² Shihata, 6 ICSID Rev. FILJ (1991), S. 488.

⁴⁵³ Peterson, The Royal Institute of International Affairs-Briefing Paper No. 10 (2004), S.2

⁴⁵⁴ Muchlinski, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), Oxford Handbook, S.14; UNCTAD (2003), World Investment Report, S. 145-147.

⁴⁵⁵ Weber, UNCTAD Expert Meeting 2007, S. 3.

„16. Im Unterschied zu den Industriestaaten und den Schwellenländern ziehen viele weniger entwickelte Länder oft nur unzureichenden Nutzen aus ausländischen Direktinvestitionen. In gemeinsamer Verantwortung mit unseren Partnern, den Entwicklungsländern, wollen wir für eine Zunahme qualitativ wertvoller Zuflüsse ausländischer Direktinvestitionen sorgen, Zuflüsse, die den lokalen Infrastrukturen dabei helfen, die Tätigkeit in- und ausländischer Investoren zu erleichtern, damit die Fähigkeiten der Arbeitskräfte vor Ort und die Vorteile der Weitergabe von Managementfähigkeiten und Technologie, die sich aus einer Steigerung ausländischer Direktinvestitionen ergeben, und die Möglichkeit inländischer Firmen, Beiträge an Unternehmen, in die ausländische Investitionen geflossen sind, oder an internationale Wertketten zu leisten, gestärkt werden. Die wirtschaftlichen, sozialen und umweltbezogenen Aspekte der Nachhaltigkeit sind von entscheidender Bedeutung, damit alle Entwicklungsländer, auch die am wenigsten entwickelten Länder, den größtmöglichen Nutzen aus ausländischen Direktinvestitionen ziehen können“.⁴⁵⁶

⁴⁵⁶ G8-Heiligdamm (2007), S. 7ff.

IV. Preis des Investitionsschutzes

*"Their meetings are secret. Their members are generally unknown. The decisions they reach need not to be fully disclosed. Yet the way a group of international tribunals handles disputes between investors and foreign governments can lead to national laws being revoked and environmental regulations changed. And it is all in the name of protecting foreign investors under NAFTA".*⁴⁵⁷

1. Verlust an Staatssouveränität

*„The Court declines to see in the conclusion of any Treaty by which a state undertakes to perform or refrain from performing a particular act an abandonment of its sovereignty.(...) (T)he right of entering into international engagements is an attribute of State sovereignty“.*⁴⁵⁸

Wie das obige Zitat zeigt, betrachtet der Ständige Internationale Gerichtshof den Abschluss von verpflichtenden völkerrechtlichen Abkommen nicht als Einschränkung, sondern als Ausübung von Souveränität. Tatsächlich führen BITs indes sehr wohl zu einem Souveränitätsverlust. Denn sie zielen gerade darauf ab, die Staatssouveränität einzuschränken, soweit es für den Schutz der Investoren erforderlich ist.⁴⁵⁹ Fraglich ist nur, ob diese Einschränkungen gemessen an den Vorteilen der BIT für die Staaten hinnehmbar sind.

a) Materiell-rechtlicher Investitionsschutz

Auch wenn sich in den letzten 15 Jahren eine Kasuistik des Investitionsschutzes etabliert hat und BIT Klauseln zunehmend einheitlichen Standards folgen,⁴⁶⁰ sind ihre Auslegung und

⁴⁵⁷ Nafta's Powerful Little Secret; *Obscure Tribunals Settle Disputes, but Go Too Far, Critics Say* von Anthony DePalma, New York Times vom 11 März 2001; <http://query.nytimes.com/gst/fullpage.html?res=9D05E5DA143AF932A25750C0A9679C8B63> (Stand: 31.12.09).

⁴⁵⁸ *Vapeur Wimbledon*, Permanent Court of International Justice, August 17, 1923, C.P.J.I. série A n.1, S. 25.

⁴⁵⁹ *Scandiucci Filho*, UNCTAD Expert Meeting 2007, S. 7.

⁴⁶⁰ *Horchani*, Journal de Droit International (2004), S. 367; *Dolzer/Bloch*, 5 Int'l L. Forum du Droit Int'l (2003), S. 155ff.

Reichweite in der Schiedspraxis weiterhin sehr umstritten.⁴⁶¹ Staaten können wegen der Verletzung von BIT Verpflichtungen vor Schiedsgerichten verklagt werden - dies geschieht oftmals nach den Regeln der ICSID Konvention. Streitgegenständliche Handlung kann jedes Tun oder Unterlassen sein, das dem betreffenden Staat zurechenbar ist. Im Folgenden sollen die gängigsten BIT Schutzklauseln dargestellt werden. Dabei soll beispielhaft gezeigt werden, inwieweit deren Anwendung und Auslegung durch die ICSID Schiedsgerichte die Staaten in ihrer Souveränität einschränken können.

aa) Voller Schutz und Sicherheit

BIT Klauseln zur Gewährung von vollem Schutz und Sicherheit (*full protection and security*) spielten lange Zeit keine Rolle und wurden teilweise als Unterfall der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung betrachtet.⁴⁶² Inzwischen wird ihnen ein eigenständiger - wenn auch nur ein geringer - Anwendungsbereich zugesprochen: Eine BIT Klausel zur Gewährung von vollem Schutz und Sicherheit verpflichtet den Staat, die Investition vor schädigenden Handlung Dritter oder des Staates zu schützen. Sie beschränkte sich früher auf den Schutz vor physischen Übergriffen auf den Investor oder seine Investition. Ein Beispiel aus der Schiedspraxis für einen solchen physischen Übergriff ist die Zerstörung von Eigentum durch den staatlichen Sicherheitsdienst im Rahmen einer Operation gegen Rebellen im Bürgerkrieg.⁴⁶³ Ein weiteres Beispiel sind polizeiliche und militärische Maßnahmen, die zum Schutz der inneren Sicherheit in notstandsähnlichen Situationen durchgeführt werden. Inzwischen wird die Klausel weiter ausgelegt. Neben physischen Beeinträchtigungen von Investitionen erfasst sie inzwischen auch juristische Übergriffe,⁴⁶⁴ so dass z. B. eine Lockerung der Arbeitskampfgesetze eine Verletzung der Klausel darstellen könnte.

bb) Meistbegünstigungsklausel

Durch die Meistbegünstigungsklausel (*Most-Favoured-Nation Treatment* – MFN) kann sich ein Investor auf Klauseln von anderen BITs des Gaststaates berufen, die für ihn günstiger sind als die Klauseln des BITs seines Herkunftsstaates. Dies soll zu einer stärkeren staatlichen Ko-

⁴⁶¹ Dolzer/Bloch, 5 Int'l L. Forum du Droit Int'l (2003), S. 155.

⁴⁶² *Occidental v. Ecuador*, London Court of International Arbitration, Award of July 1, 2004, Rn. 187.

⁴⁶³ *APPL v. Sri Lanka*, ICSID Award of June 27, 1990.

⁴⁶⁴ Dolzer/Schreuer, Principles, S. 151.

operation und Liberalisierung führen.⁴⁶⁵ Die MFN Klausel führt dazu, dass BIT-Klauseln, die spezifisch von den Staaten ausgehandelt wurden, durch den Rückgriff auf die MFN Klausel umgangen werden.⁴⁶⁶ Da der Kläger die Anwendung des ausländischen BITs auf die für ihn günstigste Normen beschränken kann,⁴⁶⁷ wird das interne Zusammenspiel der BITs zerstört, obwohl die BITs als ein Gesamtbündel interagierender Normen ausgehandelt werden. Dieses Wahlrecht des Klägers hinsichtlich der Anwendbarkeit von BIT Normen missachtet den Willen der Parteien des streitgegenständlichen BITs.⁴⁶⁸

cc) Gerechte und billige Behandlung

Eine Verletzung der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung (*fair and equitable treatment*) wird oft vor den ICSID Schiedsgerichten gerügt.⁴⁶⁹ Dessen ungeachtet ist der normative Gehalt dieser Klausel sehr unklar und umstritten.⁴⁷⁰ Der Begriff wird in den BITs nicht konkretisiert, was von manchen Schiedsgerichten bemängelt wird.⁴⁷¹ Oft breiten die Schiedsgerichte lediglich die Fakten des Falles aus und bewerten sie dann als gerechte und billige Behandlung.⁴⁷² Erst seit kurzem hat sich durch die Bildung von konkretisierenden Unterkategorien, wie den Schutz berechtigter Erwartungen⁴⁷³ oder die Verhältnismäßigkeit⁴⁷⁴, eine Kasuistik zu dieser Klausel entwickelt.⁴⁷⁵ Jedoch handelt es sich bei diesen Unterkategorien lediglich um Paraphrasierungen der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung; sie präzisieren den Begriff kaum.⁴⁷⁶ Damit hat die Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung den Status einer Generalklausel erlangt. Als Auffangtatbestand⁴⁷⁷ gewährt sie Schiedsgerichten vielfältige Möglichkeiten, staatliche Maßnahme zu untersuchen⁴⁷⁸ und

⁴⁶⁵ *Ibid.*, S. 186.

⁴⁶⁶ *Ibid.*, S. 187.

⁴⁶⁷ *Siemens v. Argentina*, ICSID Decision on Jurisdiction of August 3, 2004, Rn. 120.

⁴⁶⁸ *Ziegler*, in: Reinisch (Hrsg.), Standards, S. 85; *Salini v. Jordanie*, ICSID Decision on Jurisdiction of November 29, 2004, Rn. 114 ff.

⁴⁶⁹ *Yannaca-Small*, in: Reinisch (Hrsg.), Standards, S. 111.

⁴⁷⁰ *Schill*, IILJ Working Paper 2006/6, S.2; Schreuer, Commentary, S. 364

⁴⁷¹ *Alex Genin v. Estonia*, ICSID Award of June 25, 2001, Rn. 367; *Consortium R.F.C.C. v. Morocco*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 16, 2001, Rn. 51.

⁴⁷² *Mondev v. USA*, ICSID Award of Oct. 11 2002, Rn. 118.

⁴⁷³ *Saluka v. Czech Republic*, UNCITRAL Partial Award of March 17, 2006, Rn. 302; *Tecmed v. Mexico*, ICSID Award of May 29, 2003, Rn. 154; *Waste Management v. Mexico*, ICSID Award of April 30, 2004, Rn. 98; *International Thunderbird v. Mexico*, UNCITRAL Award of January 26, 2006, Rn. 148.

⁴⁷⁴ *Yannaca-Small*, in: Reinisch (Hrsg.), Standards S. 126; *Schill*, 24 Journal of International Arbitration (2007), S. 475; *Schill*, IILJ Working Paper 2006/6, S. 12ff.

⁴⁷⁵ *Dolzer/Schreuer*, Principles, S. 119.

⁴⁷⁶ *MTD v. Chile*, ICSID Award of May 25, 2004, Rn. 113.

⁴⁷⁷ *Dolzer/Schreuer*, Principles, S. 122.

⁴⁷⁸ *Schill*, 24 Journal of International Arbitration (2007), S. 475.

einzuschränken.⁴⁷⁹ Die Schiedsrichter sollen aufgrund einer quasi legislativen Gewalt diesen interpretatorischen Spielraum mit Regeln füllen, um die Ziele des BITs zu verwirklichen.⁴⁸⁰ Die Klausel erfasst praktisch alle Bereiche der Ausübung der Staatsgewalt und ermöglicht Eingriffe in den Kerngehalt der Staatssouveränität.⁴⁸¹ Aufgrund dieses weiten Auslegungsspielraumes entscheiden die Schiedsrichter oft subjektiv was gerecht und billig ist.⁴⁸² Aus Gründen der Rechtssicherheit ist dies unbefriedigend. Denn es lässt sich für die Staaten im Vorfeld kaum absehen, ob eine Maßnahme die Klausel verletzt⁴⁸³ und ob sie sich mithin entschädigungspflichtig machen.⁴⁸⁴ Diese Unsicherheit kann dazu führen, dass Staaten Maßnahmen unterlassen, die entwicklungsfördernd und möglicherweise investitionsfördernd wären.⁴⁸⁵

Manche Schiedsgerichte leiten aus der Klausel sogar einen allgemeinen und umfassenden Schutz des Vertrauens von Investoren in die Stabilität des rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmens ab.⁴⁸⁶ Der Investor solle darauf vertrauen können, dass die juristischen Rahmenbedingungen, die er zum Anlass genommen hat, eine Investition durchzuführen, erhalten bleiben.⁴⁸⁷ Andere Gerichte schränken zu Recht ihren Anwendungsbereich ein, weil sie nicht nur die subjektiven Erwartungen des Investors, sondern auch das berechnete Interesse des Staates, Regulierungsmaßnahmen zum Wohl der Allgemeinheit zu ergreifen, berücksichtigen soll.⁴⁸⁸ Danach dürfe der Staat z. B. durch verhältnismäßige, transparente und vorhersehbare Maßnahmen die Umwelt schützen.⁴⁸⁹ Die Staaten wären sonst gehindert, unrechtmäßige Rechtslagen zu ändern und würden sich in einer Zwickmühle befinden, da sowohl die Wahrung des *status-quo* als auch eine Änderung der Gesetzeslage eine BIT Verletzung darstellen könnten.⁴⁹⁰

dd) Inländergleichbehandlung

Nach dem Grundsatz der Inländergleichbehandlung dürfen ausländische Investoren nicht schlechter behandelt werden als inländische. Die Inländergleichbehandlung gilt in manchen

⁴⁷⁹ Dolzer/Schreuer, Principles, S. 149.

⁴⁸⁰ Brower, 40 Columb. J. Transnat'l L. (2001-2002), S. 56.

⁴⁸¹ Dolzer, 37 N.Y.U.J.Int'l L&Pol. (2004-2005), S. 964.

⁴⁸² Yannaca-Small, OECD Working Papers on International Investment Nr. 2004/3, S. 2/3

⁴⁸³ Schreuer, Commentary, S. 365

⁴⁸⁴ Schill, IILJ Working Paper 2006/6, S.8

⁴⁸⁵ Franck, 99 The American Journal of International Law (2005), S. 678

⁴⁸⁶ *MTD v. Chile*, ICSID Award of May 25, 2004, Rn. 163; *CMS v. Argentina*, ICSID Award of May 12, 2005, Rn. 274; *Wälde/Kolo*, 50 Int'l & Comp. L.Q. (2001), S. 819.

⁴⁸⁷ *Tecmed v. Mexico*, ICSID Award of May 29, 2003, Rn. 154.

⁴⁸⁸ *Saluka v. Czech Republic*, UNCITRAL Partial Award of March 17, 2006, Rn. 304, 305.

⁴⁸⁹ Schill, 24 Journal of International Arbitration (2007), S. 476.

⁴⁹⁰ Franck, 99 The American Journal of International Law (2005), S. 678.

BITs, insbesondere in den amerikanischen BITs bereits in der *Pre-establishment* Phase. Investoren wird Marktzugang gewährt⁴⁹¹ und die Kontrollmöglichkeit des Staates über den Kapitalzufluss wird einschränkt. Die Klausel umfasst sowohl unmittelbare als auch mittelbare Ungleichbehandlungen.⁴⁹² Bei den mittelbaren Ungleichbehandlung ist umstritten, wie die inländische Vergleichsgruppe zu bilden ist: Während manche Gerichte eine enge Vergleichsgruppe aus inländischen Wettbewerbern des ausländischen Investors bilden,⁴⁹³ nehmen andere Schiedsgerichte eine branchenunspezifische Vergleichsgruppe zum Ausgangspunkt.⁴⁹⁴ Durch die zweite Herangehensweise kann bereits die diskriminierungsfreie Begünstigung einer Handelsbranche aus politischen, sozialen oder wirtschaftlichen Gründen eine mittelbare Diskriminierung darstellen: In *Occidental v. Ecuador* bejahte das Schiedsgericht etwa eine Verletzung der Inländergleichbehandlungsklausel, weil Blumen- und Meeresfrüchteexporteure im Gegensatz zu Ölexporturen eine Mehrwertsteuererstattung erhielten.⁴⁹⁵

Die Inländergleichbehandlungsklausel kann zu einem Verlust von staatlichen Lenkungsmöglichkeiten für sozial-politische Zwecke führen: So haben italienische Investoren vor einem ICSID Schiedsgericht Klage gegen das *Black Economic Empowerment* (BEE) erhoben.⁴⁹⁶ Bei dem BEE handelt es sich um ein Programm, das eine gleiche Einstellungsquote zwischen Schwarzen und Weißen einführen soll - insoweit ist vorgesehen, bestehende Ungleichheiten in Südafrika durch Festlegung einer zwingenden Anzahl an schwarzen Führungskräften zu beseitigen⁴⁹⁷. Aus Sicht der italienischen Investoren verstößt dies gegen den Grundsatz der Inländergleichbehandlung, weil sie die Vorteile des BEE Programms de facto nicht genießen können.. Sie sind der Ansicht, einen Anspruch darauf zu haben wie der bestgestellte Inländer behandelt zu werden.⁴⁹⁸

ee) Schutz vor direkter und indirekter Enteignung

Viele BITs, der MAI Entwurf⁴⁹⁹ sowie das NAFTA⁵⁰⁰ beinhalten Schutz vor Enteignungen. Hiernach sind Enteignungen nur unter folgenden Voraussetzungen zulässig: Sie müssen ers-

⁴⁹¹ Dolzer/Schreuer, Principles, S. 81.

⁴⁹² UNCTAD (1999), National Treatment, S. 12.

⁴⁹³ *S.D. Myers v. Canada*, UNCITRAL Partial Award of November 13, 2000, Rn. 250.

⁴⁹⁴ *Marvin v. Mexico*, ICSID Award of December 16, 2002, Rn. 171; *Occidental v. Ecuador*, London Court of International Arbitration, Award of July 1, 2004, Rn. 173.

⁴⁹⁵ *Occidental v. Ecuador*, London Court of International Arbitration, Award of July 1, 2004, Rn. 173 u. 179.

⁴⁹⁶ *Foresti v. South Africa*, ICSID, zurzeit anhängig; *Peterson/Beattie*, Italian groups challenge Pretoria over BEE, The Financial Times, March 9, 2007.

⁴⁹⁷ Der Plan kann unter <http://www.dti.gov.za/bee/bee.htm> angesehen werden (Stand: 21.12.09).

⁴⁹⁸ *Cosbey*, IISD 2005, S. 16.

⁴⁹⁹ Art. 5.1. zu Annex 3; OECD (1998), The Multilateral Agreement on Investment:

tens legitime Zwecke des Allgemeinwohls verfolgen. Zweitens dürfen sie weder willkürlich noch diskriminierend erfolgen; das Verfahren muss vielmehr in transparenter Weise von Staaten laufen. Schließlich setzt die Rechtmäßigkeit einer Enteignung eine angemessene Entschädigung voraus.⁵⁰¹

Auch indirekte Enteignungen fallen unter den Eigentumsschutz.⁵⁰² Obwohl sie die weitaus gängigste Form der Enteignungen sind, bereitet ihre juristische Behandlung Probleme.⁵⁰³ Die indirekte Enteignung wird in den meistens BITs nicht definiert, sondern lediglich als Maßnahme beschrieben, die in ihrer Auswirkung einer direkten Enteignung gleichkommt.⁵⁰⁴ Die Schiedsgerichte subsumieren herkömmlich unter indirekter Enteignung Maßnahmen, die zwar nicht unmittelbar darauf abzielen das Eigentum des Investors formal zu entziehen, die sich jedoch mittelbar negativ auf den Wert und die Gebrauchsmöglichkeiten des Eigentums des Investors auswirken.⁵⁰⁵

Die Abgrenzung zwischen einer entschädigungsfreien regulativen Maßnahme und einer entschädigungspflichtigen indirekten Enteignung ist jedoch unklar. Nur wenige BITs (z. B. der Model BIT der USA⁵⁰⁶) bieten insoweit Maßstäbe.⁵⁰⁷ In der Schiedspraxis haben sich verschiedene Merkmale herauskristallisiert, anhand derer die Unterscheidung getroffen wird. Hierzu zählen die Intensität und der Charakter der staatlichen Maßnahme - relevant sind insoweit insbesondere deren Zweck und Kontext. Für die Beurteilung, ob eine Enteignung vor-

“A Contracting Party shall not expropriate or nationalize an investment in its territory of an Investor of another Contracting Party or take any measure tantamount to expropriation or nationalization except:

- a) for a purpose which is in the public interest,
- b) on a non-discriminatory basis,
- c) in accordance with due process of law, and
- d) accompanied by payment of prompt, adequate and effective compensation”.

⁵⁰⁰ Art. 1110 NAFTA.

⁵⁰¹ *Dolzer/Schreuer*, Principles, S. 91; *Reed/Paulsson/Blackaby*, ICSID Arbitration, S.47ff.

⁵⁰² Zu dem Begriff und Streitfragen: Indirect Expropriation in International Law, 5 International Law FORUM du droit international, Vol. 3 (2003), S. 150ff.; *Nouvel*, 106 Revue Général de Droit International Public 2002, S. 79ff.

⁵⁰³ *Hoffmann*, in: Reinisch (Hrsg.), Standards, S. 151.

⁵⁰⁴ Art. 5. 2 BIT (1994) France/Ukraine.

⁵⁰⁵ *Middle Eastern Shipping v. Egypt*, ICSID Award of April 12, 2002, Rn. 107.

⁵⁰⁶ Annex B.4. zu Art. 6 BIT (2004) Modell USA, S. 38

„ (a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case by-case, fact-based inquiry that consider, among other factors: (i) the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred;

(ii) the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and

(iii) the character of the government action.

(b) Except in rare circumstances, nondiscriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety, and the environment, do not constitute indirect expropriations.”

⁵⁰⁷ *Yannaca-Small*, OECD Working Paper on International Investment Nr. 2004/4, S. 6.

liegt kann auch von Bedeutung sein, ob legitime Investitionserwartungen verletzt worden sind.⁵⁰⁸ Allerdings ist die Gewichtung der einzelnen Faktoren unter den Schiedsgerichten uneinheitlich.

Die erforderliche Intensität der Eigentumsbeeinträchtigung für die Annahme einer indirekten Enteignung ist unter den Schiedsgerichten strittig: Für manche Schiedsgerichte⁵⁰⁹ stellt eine Maßnahme erst ab einer gewissen Schwelle eine Enteignung dar. Die bloße Begrenzung der Investitionsposition reiche grundsätzlich nicht aus.⁵¹⁰ Vielmehr müsse die wirtschaftliche Betätigungsmöglichkeit des Investors als solche und der wirtschaftliche Wert der Benutzung vollständig beeinträchtigt sein.⁵¹¹ Andere Schiedsgerichte setzen die Schwelle niedriger an: So wurde eine Maßnahme, durch die ein Medienunternehmen seine exklusiven Übertragungsrechte verlor, als Enteignung qualifiziert, da es ausreiche, dass die Maßnahme aus der Investition „a company with assets, but without business“⁵¹² mache.

Für manche Schiedsgerichte⁵¹³ spielen für die Annahme einer Enteignung der verfolgte Zweck und die Motive des Staates keine Rolle. Stattdessen komme es allein auf die Intensität der Einwirkung der Maßnahme auf wesentliche Rechte wie das Nutzungsrecht, die Wertschöpfung und den erwarteten Gewinn des Investors an.⁵¹⁴ Die Interessen des Staates seien irrelevant.⁵¹⁵ Das Recht eines Staates, seine nationalen Angelegenheiten zu regulieren, bestehe nur innerhalb der durch die BITs gezogenen Grenzen.⁵¹⁶

Nach einer anderen Ansicht⁵¹⁷ werden bei der Frage, ob eine Regulierungsmaßnahme eine indirekte Enteignung darstellt, die von dem Staat verfolgten Ziele mit den privaten Interessen des Investors abgewogen.⁵¹⁸ Damit der Staat weiterhin Regulierungsmaßnahmen zum Schutz des Allgemeinwohles treffen könne, was er sonst aus Angst sich schadensersatzpflichtig zu machen unterlassen könnte,⁵¹⁹ müsse er grundsätzlich berechtigt sein, in Verfolgung legitimer

⁵⁰⁸ *Ibid*, S. 10.

⁵⁰⁹ *S.D. Myers v. Kanada*, UNCITRAL partial Award of November 13, 2000, Rn. 282; *LG&E v. Argentina*, ICSID, Decision on Liability of October 3, 2006, Rn. 191.

⁵¹⁰ *Yannaca-Small*, OECD Working Paper on International Investment Nr. 2004/4, S. 10.

⁵¹¹ *Tecmed v. Mexico*, ICSID Award of May 29, 2003, Rn. 116.

⁵¹² *CME v. Czech Republic*, UNCITRAL Final Award of March 14, 2003, Rn. 591.

⁵¹³ *Metalclad vs. Mexico*, ICSID Award of August 30, 2000; *ADC v. Hungary*, ICSID Award of September 27, 2006.

⁵¹⁴ *Schill*, RIW 2005, S.332; *Dolzer/Bloch*, 5 Int'l L. Forum du Droit Int'l (2003), S. 158.

⁵¹⁵ *Metalclad vs. Mexico*, ICSID Award of August 30, 2000, Rn. 103.

⁵¹⁶ *ADC v Hungary*, ICSID Award of September 27, 2006, Rn. 423.

⁵¹⁷ *Methanex v. USA*, UNCITRAL Award of August 3, 2005, Pt IV, ch. D, para. 7.

⁵¹⁸ *Tecmed v. Mexico*, ICSID Award of May 29, 2003, Rn. 122; *Dolzer/Bloch*, 5 Int'l L. Forum du Droit Int'l (2003), S. 158.

⁵¹⁹ *Marvin v. Mexico*, ICSID Award of December 16, 2002, Rn. 103.

Ziele, Eigentumsrechte und Investitionen entschädigungslos zu beschränken.⁵²⁰ Nicht-diskriminierende Maßnahmen, die unerlässlich für das effiziente Funktionieren eines Staates sind (wie das Kartellrecht, die Raumplanung oder der Verbraucherschutz), würden nicht den Tatbestand einer Enteignung darstellen. Dies folge aus dem Grundsatz der Sozialbindung des Eigentums.⁵²¹ Erst wenn ein Sonderopfer abverlangt wird, liege eine indirekte Enteignung vor.⁵²² Ein legitimes Ziel sei alles das, was die Ausübung der Staatsgewalt gewöhnlich mit sich bringe.⁵²³ Dies sei völkergewohnheitsrechtlich anerkannt,⁵²⁴ Dies bestätige auch die Spruchpraxis von vielen Schiedsgerichten.⁵²⁵

Allgemein wird im Völkerrecht, so z. B. in der *Europäischen Konvention für Menschenrechte* von 1954⁵²⁶ und in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte⁵²⁷, den Interessen der Staaten tendenziell mehr Gewicht beigemessen: Es wird grundsätzlich davon ausgegangen, dass Maßnahmen im Allgemeininteresse Vorrang vor den Interessen der Eigentümer an dessen ungestörter Nutzung haben können. Dieses Allgemeininteresse, das im Einzelfall eine substantielle Beeinträchtigung der Eigentümerstellung rechtfertigen kann,⁵²⁸ erfasse alle Maßnahmen, die aus vernünftigen ökonomischen, sozialen und politischen Erwägungen erlassen werden.⁵²⁹ Auch der MAI Entwurf⁵³⁰, die *OECD Draft Convention on the Protection of Foreign Property*⁵³¹ und das *Restatement Third of Foreign Relations Law of the United States*⁵³² gehen davon aus, dass regulative Maßnahmen, die legitime Ziele

⁵²⁰ *Schill*, RIW 2005, S.332; *LG&E v. Argentina*, ICSID Decision on Liability, October 3, 2006, Rn. 195; *Tecmed v. Mexico*, ICSID Award of May 29, 2003, Rn. 122, Rn. 119.

⁵²¹ *Sornarajah*, Foreign Investment, S. 357.

⁵²² *Wälde/Kolo*, 50 Int'l & Comp. L.Q. (2001), S. 845.

⁵²³ *Telenor v. Hungary*, ICSID Award of September 13, 2006, Rn. 78.

⁵²⁴ *Sedco, Inc. v. Iran*, 9 Iran-U.S. Cl. Trib. Rep. 248, 275: Das Iran-United State tribunal meinte, es sei ein „principle of international law that a state is not liable for economic injury which is a consequence of bona fide 'regulation' within the accepted police powers of states”.

⁵²⁵ *Marvin v. Mexico*, ICSID Award of December 16, 2002, Rn. 103; *Saluka v. Czech*, Ad hoc-UNCITRAL Award of March 17, 2006, Rn. 262; *Tecmed v. Mexico*, ICSID Award of May 29, 2003; *Methanex v. USA*, UNCITRAL Award of August 3, 2005.

⁵²⁶ Artikel 1 EMRK 1954 – Schutz des Eigentums.

⁵²⁷ Vgl. *Matos e Silva, Lda v. Portugal*, App No. 15777/89, 24 Eur. Ct. H.R., rep. 573, 600-01 (1996).

⁵²⁸ *Ibid*, Rn. 85: Aufgrund der Schaffung eines Naturschutzgebietes konnten Aktivitäten mit Gewinnerzielungsabsichten auf einem Grundstück nicht fortgeführt werden.

⁵²⁹ *James v. United Kingdom*, 98 Eur. Ct. H.R. (ser.A) 9, 32 (1986), Rn. 46.

⁵³⁰ Art. 5.1. zu Annex 3 OECD (1998), The Multilateral Agreement on Investment, S. 15 in Fn. 5: „This Article (...) does not establish a new requirement that Parties pay compensation for losses which an investor or investment may incur through regulation, revenue raising and other normal activity in the public interest undertaken by governments”.

⁵³¹ OECD (1967), Draft Convention on the Protection of Foreign Property, S. 18: “Art. 3 acknowledges, by implication the sovereign right of a state, under international law, to deprive owners (...) of property which is within its territory in the pursuit of its political, social and economic ends. To deny such a right would be an attempt to interfere with its power to regulate –by virtue of its independence and autonomy, equally recognised by international law- its political and social existence”

⁵³² American Law Institute (1987), Foreign Relation Law of the United States, Vol. 1, Section 712, Comment g:

des Allgemeinwohles verfolgen, grundsätzlich Vorrang vor den Interessen der investierenden Eigentümer haben können und insoweit keine entschädigungspflichtige Enteignung darstellen.⁵³³

Aufgrund dieser divergierenden Sichtweisen wissen die Staaten beim Erlass einer regulativen Maßnahme oft nicht, ob diese eine Enteignung darstellt. Ferner können sie nicht abschätzen, wie viele Investoren in welcher Höhe davon betroffen wären. Da der Kreis der Entschädigungsberechtigten bei einer indirekten Enteignung im Vorfeld schwer bestimmbar ist, wird selten eine Entschädigung gezahlt. Dies erklärt die Vielzahl unrechtmäßiger indirekter Enteignungen.⁵³⁴

b) Negative Auswirkung des Investitionsschutzsystems auf Belange des Allgemeinwohles

BITs können Einfluss auf alle Bereiche des staatlichen Handelns, wie z.B. das Gesundheitswesen⁵³⁵, die Menschenrechte⁵³⁶ oder die Umwelt, haben. Teilweise kann sich ein Staat durch eine Maßnahme, z.B. zum Schutz des Weltkulturerbes,⁵³⁷ entschädigungspflichtig machen, obwohl er hierzu aus anderen internationalen Abkommen verpflichtet war.⁵³⁸ Im Folgenden werden derartige Spannungsverhältnisse zwischen Investitionsschutz und Belangen des Allgemeinwohles näher untersucht. Dies geschieht am Beispiel von Maßnahmen zum Umweltschutz und solchen zur Bewältigung einer Wirtschaftskrise.

aa) Umwelt

Das Spannungsverhältnis zwischen dem Schutz vor indirekten Enteignungen und Regulierungsmaßnahmen zum Schutz der Umwelt ist in der Literatur⁵³⁹ und in verschiedenen Ent-

„A state is not responsible for loss of property or for other economic disadvantage resulting from bona fide general taxation, regulation, forfeiture for crime, or other action of the kind that is commonly accepted as within the police power of states, if it is not discriminatory.”

⁵³³ Christie, 38 British Yearbook of International Law (1962), S. 338.

⁵³⁴ Dolzer/Schreuer, Principles, S. 91.

⁵³⁵ Vgl. z. B.: Ganguly, 38 Colum. J. Transnat'l L. (1999), S. 113 ff.; Orellana, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), Aspects nouveaux, S. 671 ff.

⁵³⁶ *Liberti*, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), Aspects nouveaux, S. 791 ff.

⁵³⁷ *SSP v. Egypt*, ICSID Award of May 20, 1992

⁵³⁸ *Liberti*, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), Aspects nouveaux, S. 824 ff.

⁵³⁹ Verhoosel, 29 L. & Pol'y Int'l Bus. (1998), S. 451ff.; Gantz, 33 Geo. Wash. Int'l L. Rev. (2001), S. 651ff.; Wälde/Kolo, 50 Int'l & Comp. L.Q. (2001), S. 811ff.; Schill, 24 Journal of International Arbitration (2007), S. 469ff.

scheidungen⁵⁴⁰ ausführlich behandelt worden. Der Umweltschutz hat einen hohen Preis und dieser Preis wird durch manche Entscheidungen einseitig den Staaten auferlegt.⁵⁴¹

Der Wettbewerb um Investoren kann zu einer „*race to the bottom*“⁵⁴² der Umweltstandards führen, weil ausländische Investoren den kostspieligen ökologischen Regulierungen und Besteuerungen ihres Heimatlandes entfliehen wollen. Dies hat in der Vergangenheit teilweise dazu geführt, dass Investoren große Umweltschäden in Gastländern verursacht haben.⁵⁴³ Maßnahmen, die ein Staat ergreift, um seine Umweltstandards zu heben, z.B. das Verbot bestimmter umweltschädlicher Technologien, die Erhebung einer Abfallsteuer oder die Einrichtung eines Naturschutzgebietes, können zugleich eine indirekte Enteignung darstellen. So hatte im Fall *Metalclad v. Mexiko* ein Unternehmer ein Grundstück für den Erwerb einer Sondermülldeponie erworben, für deren Betreiben die zuständige Umweltbehörde eine Erlaubnis erteilt hatte. Die örtliche Baubehörde verweigerte jedoch die erforderliche Baugenehmigung und die Flächen wurden unter Naturschutz gesetzt, wodurch die Errichtung der Mülldeponie definitiv unmöglich wurde. Das Schiedsgericht hielt das Verhalten der Behörde für eine entschädigungspflichtige Enteignung, da dem Grundstück der zu erwartende wirtschaftliche Ertrag entzogen worden sei.⁵⁴⁴

Staatliche Maßnahmen aus Umweltschutzgründen, wie Einfuhr- und Ausfuhrverbote bestimmter Produkte oder Dienstleistungen, können ferner gegen den Grundsatz der Inländergleichbehandlung verstoßen: So hielt etwa in *SD Myers v. Canada*⁵⁴⁵ das Schiedsgericht ein aus ökologischen Gründen begründetes Giftmüllexportverbot für einen Verstoß gegen den Grundsatz der Inländergleichbehandlung. Zur Begründung stellt es darauf ab, dass das Verbot ausländische Investoren, die den Giftmüll im Ausland entsorgten, stärker traf als Inländer.

Aus Klimaschutzgründen wird häufig die Reduktion von Treibhausgasemissionen gefördert,⁵⁴⁶ was durch ein Verbot oder die Besteuerung emittierender Gegenstände durchgesetzt werden kann. Deswegen erließ die europäische Kommission eine Verordnung,⁵⁴⁷ die das schrittweise Verbot der traditionellen Glühbirnen aus Klimaschutzgründen vorsieht. Betrachtet man die weite Auslegung von manchen Schiedsgerichten, so könnte eine solche Maßnah-

⁵⁴⁰ *Mafezzini vs. Spanien*, ICSID Award of November 13; *S.D. Myers v. Canada*, UNCITRAL partial Award of November 13, 2000; *Metalclad vs. Mexico*, ICSID Award of August 30, 2000; *Methanex v. USA*, UNCITRAL Award of August 3, 2005; *Tecmed v. Mexico*, ICSID Award of May 29, 2003.

⁵⁴¹ *Compañía Santa Elena v. Costa Rica*, ICSID Award of February 17, 2000, Rn. 72.

⁵⁴² *Elkins/Guzman/Siommons*, UC Berkeley Public Law Research Paper No. 578961 (2004), S. 4.

⁵⁴³ Siehe z.B. der Unfall in einer Chemiefabrik in der Stadt Bhopal im Jahr 1984; *Neumayer*, Investment Treaty News, May 2009, S. 7.

⁵⁴⁴ *Metalclad vs. Mexico*, ICSID Award of August 30, 2000, Rn. 103.

⁵⁴⁵ *S.D. Myers v. Canada*, UNCITRAL partial Award of November 13, 2000.

⁵⁴⁶ So z.B.: Intergovernmental Panel on Climate Change, Working Group III, Mitigation of Climate Change.

⁵⁴⁷ (EG) VERORDNUNG Nr. 244/2009 vom 18. März 2009

me eine entschädigungspflichtige indirekte Enteignung der betroffenen ausländischen Investoren darstellen. Dies erscheint fragwürdig.

Insgesamt wird durch viele Entscheidungen der Gestaltungsspielraum der Staaten zu Zwecken des Umweltschutzes erheblich eingeschränkt. Staaten tragen damit im Ergebnis nicht nur die Kosten des Umweltschutzes, sondern auch das dadurch bedingte wirtschaftliche Risiko der Investoren. Dies erscheint problematisch. Es wäre sinnvoller davon auszugehen, dass sich eine wirtschaftliche Benachteiligung von Investoren aufgrund staatlicher ökologischer Regulierungen grundsätzlich in den Grenzen der Sozialbindung des Eigentums hält. Nach dieser Ansicht, die teilweise von Schiedsgerichten vertreten worden ist⁵⁴⁸ - wäre eine indirekte Enteignung erst dann gegeben, wenn einem Investor ein Sonderopfer abverlangt wird.⁵⁴⁹

bb) Wirtschaftskrisen

Die argentinische Regierung erließ in den Jahren 2001 und 2002 in Reaktion auf eine Wirtschaftskrise von sehr großem Ausmaß,⁵⁵⁰ die mit der US-Wirtschaftskrise in den 30ern verglichen wurde,⁵⁵¹ Notmaßnahmen, um die Wirtschaft zu stabilisieren. So wurde die Kopplung des argentinischen Pesos an den US Dollar, die seit 1991 bestand,⁵⁵² aufgehoben und das Peso abgewertet.⁵⁵³ Darüber hinaus wurde eine 25 prozentige Steuer auf Öl und Gas erhoben,⁵⁵⁴ und über viele Bankkonten ein Arrest ausgesprochen.⁵⁵⁵ Auch wenn diese Maßnahmen aus langfristiger Sicht geeignet waren, die Wirtschaft zu stabilisieren, hatten sie zunächst negative Auswirkung auf die Akteure des argentinischen Wirtschaftslebens, darunter auch die ausländischen Investoren.⁵⁵⁶

Gegen die staatlichen Maßnahmen, die im Zusammenhang mit der Krise ergriffen wurden, wurden mehr als 40 Verfahren vor ICSID⁵⁵⁷, ICC und *ad-hoc* UNCITRAL Schiedsgerichten

⁵⁴⁸ *Tecmed v. Mexico*, ICSID Award of May 29, 2003; *Methanex v. USA*, UNCITRAL Award of August 3, 2005.

⁵⁴⁹ *Wälde/Kolo*, 50 Int'l & Comp. L.Q. (2001), S. 845.

⁵⁵⁰ Der Peso verlor an einem Tag 40% von seinem Wert, Die argentinische Zentralbank verlor im letzten Quartal 2001 \$ 11 Milliarden an liquiden Reserven. Vgl. *LG&E v. Argentina*, ICSID, Decision on Liability of October 3, 2006, Rn. 232-234.

⁵⁵¹ *Burke-White*, Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy (2008), S. 203.

⁵⁵² *Kentin*, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), Aspects nouveaux, S. 631.

⁵⁵³ *Griebel*, SchiedsVZ 2007, S. 191.

⁵⁵⁴ *Peterson*, Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration, S.4.

⁵⁵⁵ *Burke-White*, Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy (2008), S. 203.

⁵⁵⁶ *Ibid*, S. 203.

⁵⁵⁷ *Kentin*, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), Aspects nouveaux, S. 630: Argentinien hat die Washingtoner Konvention 1994 ratifiziert.

eingeleitet.⁵⁵⁸ Die Kläger beriefen sich überwiegend darauf, indirekt enteignet worden zu sein und rügten eine Verletzung der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung. Argentinien demgegenüber machte geltend, dass ungewöhnliche Rahmenbedingungen auch ungewöhnliche, notstandsähnliche Maßnahmen erfordern und berief sich zur Verteidigung auf den völkergewohnheitsrechtlichen Staatsnotstand (*Doctrine of Necessity*), dessen Grundsätze in Art. 25 der *Draft Articles on the Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*⁵⁵⁹ der International Law Commission (ILC) wiedergegeben sind. Auch stützte sich Argentinien auf eine verbreitete BIT Klausel, wonach manche außergewöhnliche staatliche Maßnahmen nicht vom materiell-rechtlichen Schutzgehalt des BITs erfasst sind.⁵⁶⁰

Inwieweit Staaten Regulierungsmaßnahmen zur Bewältigung von Wirtschaftskrisen treffen können, ist umstritten: Zwar ist weitgehend anerkannt, dass ein Staatsnotstand aufgrund einer Wirtschaftskrise die vorübergehende Suspendierung von BIT Verpflichtungen rechtfertigen kann, wenn die angegriffene Maßnahme erforderlich war und der beklagte Staat die Krise nicht verursacht hat. Allerdings sind die Schwelle zur Erforderlichkeit sowie die Darlegungslast umstritten.⁵⁶¹

Dementsprechend waren auch die Entscheidungen der Schiedsgerichte uneinheitlich: In manchen Entscheidungen musste der Staat darlegen, dass er keine andere Alternative hatte, als die streitgegenständlichen Maßnahmen zu erlassen.⁵⁶² Die Gerichte stellten hier lediglich fest, dass andere Maßnahmen möglich gewesen wären,⁵⁶³ ohne diese Alternativmaßnahmen und deren Wirkung auf die Bekämpfung der Krise⁵⁶⁴ näher darzulegen.⁵⁶⁵ In *CMS v. Argentina*⁵⁶⁶

⁵⁵⁸ Ben Hamida, UNCTAD Expert Meeting 2007, S. 5; Alvarez/Khamsi, *The Yearbook on International Investment Law and Policy* 2008/2009, S. 379.

⁵⁵⁹ Art. 25 ILC (2001), *Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. Bei den ILC Draft Articles handelt es sich lediglich um einen nicht bindenden Entwurf. Die in ihnen enthaltenen Bestimmungen sind jedoch weitestgehend kraft Völkergewohnheitsrecht bindend. Dies gilt u.a. für Artikel 25.

”1. Necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding the wrongfulness of an act not in conformity with an international obligation of that State unless the act:

(a) Is the only way for the State to safeguard an essential interest against a grave and imminent peril; and
(b) Does not seriously impair an essential interest of the State or States towards which the obligation exists, or of the international community as a whole.

2. In any case, necessity may not be invoked by a State as a ground for precluding wrongfulness if:

(a) The international obligation in question excludes the possibility of invoking necessity; or
(b) The State has contributed to the situation of necessity. “

⁵⁶⁰ Vgl. Art. XI BIT (1994) USA/Argentina.

“This Treaty shall not preclude the application by either Party of measures necessary for the maintenance of public order, the fulfillment of its obligations with respect to the maintenance or restoration of international peace or security, or the Protection of its own essential security interests.”

⁵⁶¹ Schill, 24 (3) *Journal of International Arbitration* (2007), S. 285.

⁵⁶² *Sempra v. Argentina*, Award of the Tribunal of September 28, 2007; *CMS v. Argentina*, ICSID Award of May 12, 2005, Rn. 324.

⁵⁶³ *CMS v. Argentina*, ICSID Award of May 12, 2005, Rn. 323-324.

⁵⁶⁴ Kentin, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. 635; Burke-White, *Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy* (2008), S. 218.

und *Enron v. Argentina*⁵⁶⁷ wurde den Klagen mit der Begründung stattgegeben, die Regierung habe zum Ausbruch der Krise beigetragen und es hätten mildere Mittel zu deren Bekämpfung existiert. Nach dieser Auslegung läuft der völkerrechtliche Notstand quasi leer, da es kaum denkbar ist, dass ein Staat nicht zumindest mittelbar zum Ausbruch einer Krise beigetragen hat.⁵⁶⁸ In *LG&E v. Argentina* ging das Gericht dagegen von einem völkerrechtlichen Notstand aus und wies die Klage ab.⁵⁶⁹

BIT Klauseln sind wandelbare Begriffe, die je nach Kontext unterschiedlich ausgelegt werden.⁵⁷⁰ Das Vertrauen der Investoren in die Stabilität des rechtlichen und wirtschaftlichen Rahmens sollte in einer Wirtschaftslage, die sich komplett geändert hat, weniger schutzwürdig sein, weil eine Krise Gegenmaßnahmen erfordert, die genauso wie der Ausbruch der Krise, für Investoren überraschend sind. Die Befugnisse des Staates sind daher während einer Wirtschaftskrise anders zu bewerten; die Schwelle dessen, was eine Verletzung einer BIT Klausel darstellt, sollte höher liegen. Ansonsten könnte beispielsweise die Übernahme der Hypo Real Estate über den bundeseigenen Finanzmarktstabilisierungsfonds Soffin aufgrund aufgedrängter Kapitalerhöhung als mittelbare Enteignung gelten und die Staatshilfe an Opel in 2009 gegen das Gebot der Inländergleichbehandlung verstoßen. Welche Maßnahmen ein Staat zur Bekämpfung einer Wirtschaftskrise trifft, ist Ergebnis einer politischen Entscheidung, die auf überwiegend volkswirtschaftlichen Erwägungen basiert. Fraglich ist, ob Schiedsgerichte solche Erwägungen überprüfen sollten. Zwar stellte das Schiedsgericht in *Sempra v. Argentina* klar, dass es nicht Aufgabe des Schiedsgerichtes sei, die Wahl zwischen verschiedenen ökonomischen Optionen anstelle des Staates zu treffen.⁵⁷¹ Jedoch haben die Schiedsgerichte in den argentinischen Fällen *de facto* rückwirkend wirtschaftliche Notmaßnahmen eines demokratisch legitimierten und spezialisierten Gremiums auf deren Geeignetheit hin überprüft. Die Tatsache, dass das Ergebnis und die Begründung der gleichgelagerten argentinischen Fälle hinsichtlich grundlegender Fragen der Staatssouveränität unterschiedlich ausgefallen sind, stellt die Legitimität des ICSID Verfahrens in Frage.⁵⁷² Die effektive Bekämpfung einer Wirtschaftskrise ist eine zu schwierige, sensible und spezielle Frage, als dass sie von Schiedsrichtern *ex tunc* mit Sicherheit beantwortet werden kann. Sicher ist nur, dass die immensen Schadenersatzforderungen, denen Argentinien infolge der Krise ausgesetzt

⁵⁶⁵ *Sempra v. Argentina*, Award of September 28, 2007, Rn. 351: “It is instead the Tribunal’s duty only to determine whether the choice made was the only one available, and this does not appear to have been the case.”

⁵⁶⁶ *CMS v. Argentina*, ICSID Award of May 12, 2005.

⁵⁶⁷ *Enron v. Argentina*, ICSID Award of May 15, 2007.

⁵⁶⁸ *Burke-White*, Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy (2008), S. 220.

⁵⁶⁹ *LG&E v. Argentina*, ICSID, Decision on Liability of October 3, 2006, Rn. 266.

⁵⁷⁰ *Schill*, 24 (3) Journal of International Arbitration (2007), S. 269.

⁵⁷¹ *Sempra v. Argentina*, ICSID Award of 28, 2007, Rn. 351.

⁵⁷² *Burke-White*, Asian Journal of WTO & International Health Law and Policy (2008), S. 220.

wurde (die potentiellen Verbindlichkeiten werden teilweise auf \$ 80 Milliarden geschätzt,⁵⁷³ wobei die gesamten Finanzreserven von Argentinien Anfang 2003 nur ca. \$ 10 Milliarden US Dollar und dessen internationalen Reserven 2009 ca. \$ 45 Milliarden Dollar betrugen⁵⁷⁴) keinen positiven Beitrag zur Bewältigung dieser Krise leisten und im Gegenteil deren Spätfolgen für die lokale Bevölkerung verschärfen werden.

2. Legitimitätskrise des ICSID: Ungeeignetheit des institutionellen Rahmens

*„(...) decisions about public issues with economic and political consequences are resolved in private before different sets of individuals who can and do come to conflicting decisions on the same points of law -and no single body has the capacity to resolve these inconsistencies.“*⁵⁷⁵

a) Ungeeignetes Verfahren

aa) Widersprüchlichkeit der Entscheidungen

Nach Einschätzung des Generalsekretärs des ICSID besteht eine evidente Möglichkeit von widersprüchlichen Entscheidungen der ICSID Schiedsgerichte:⁵⁷⁶ Nach Art. 53 (1) der ICSID Konvention sind Schiedssprüche für weitere Schiedsgerichte nicht bindend⁵⁷⁷; sie werden höchstens als Auslegungshilfe für unbestimmte BIT Klauseln herangezogen.⁵⁷⁸ Manche Schiedsgerichte haben ausdrücklich klargestellt, dass sie sich überhaupt nicht an Schiedssprüche von anderen Gerichten gebunden fühlen, weil es im Völkergewohnheitsrecht keine Bindungswirkung von Präzedenzfällen gäbe.⁵⁷⁹ Auch wenn das ICSID eine permanente Schiedsinstitution ist, wird für jeden Fall ein neues Schiedsgericht konstituiert.⁵⁸⁰ Dies hat zur

⁵⁷³ *Ibid.*, S. 204.

⁵⁷⁴ <http://www.mecon.gov.ar/progeco/dsbb.htm> (Stand: 31.12.09).

⁵⁷⁵ Frank, 73 Fordham L. Rev. (2004-2005), S. 1521/2

⁵⁷⁶ Parra, 12 ICSID Rev.-Foreign Investment L.J (1997), S. 352.

⁵⁷⁷ Vgl. ICSID Convention (1965).

⁵⁷⁸ Frank, 73 Fordham L. Rev. (2004-2005), S. 1612.

⁵⁷⁹ Vgl. *SGS. v. Philippines*, ICSID Decision on Jurisdiction of January 29, 2004, Rn. 97:

“(…)Moreover there is no doctrine of precedent in international law, if by precedent is meant a rule of the binding effect of a single decision. There is no hierarchy of international tribunals, and even if there were, there is no good reason for allowing the first tribunal in time to resolve issues for all later tribunals.”

⁵⁸⁰ Vgl. <http://icsid.worldbank.org> (Stand: 31.12.09) unter „Dispute Settlement Facilities“.

Folge, dass im Gegensatz zu einem permanenten Schiedsgericht, wo institutionelle und persönliche Beziehungen existieren, kaum Anreize für eine interne Abstimmung bestehen.⁵⁸¹ Die Entscheidung stellt für die Schiedsrichter oft nicht mehr als die Erfüllung des punktuellen Auftrages, einen konkreten Fall zu lösen, dar. Sie hat darüber hinaus keinen Geltungsanspruch.⁵⁸² Daher können zwei nahezu identische Sachverhalte mit vergleichbaren materiellrechtlichen Verletzungen zu unterschiedlichen Ergebnissen führen: Ein Beispiel sind die Entscheidungen in *Lauder v. Czech Republic*⁵⁸³ und *CME v. Czech Republic*⁵⁸⁴. Hierbei handelte es sich um Klagen gegen den tschechischen Staat wegen der Kündigung der Lizenzrechte des niederländischen Unternehmens CME für die Übertragung eines TV Senders. Die Klage wurde einmal in London von dem amerikanischen Hauptinvestor von CME unter dem U.S.-tschechischen BIT und einmal in Stockholm von CME selbst unter dem niederländisch-tschechischen BIT eingereicht. Obwohl die jeweiligen BIT Klauseln, deren Verletzung in den Klagen gerügt wurden, fast identisch waren, kamen die beiden Schiedsgerichte zu gegensätzlichen Ergebnissen: Das Londoner Schiedsgericht wies die Klage vollumfänglich ab,⁵⁸⁵ während das Stockholmer Schiedsgericht sowohl eine Enteignung⁵⁸⁶ als auch eine Verletzung der Verpflichtung zur gerechten und billigen Behandlung⁵⁸⁷ sowie der Verpflichtung zu vollem Schutz und Sicherheit⁵⁸⁸ annahm und Tschechien zu Schadenersatz von fast \$ 300 Millionen verurteilte.⁵⁸⁹

Auch in *SGS v. Pakistan* und *SGS v. Philippinen* mussten die Schiedsgerichte bei gleichgelagerten Sachverhalten entscheiden, ob rein vertragliche Verpflichtungen, die die Beklagten jeweils mit dem Kläger eingegangen waren, aufgrund einer *Umbrella* Klausel⁵⁹⁰ im BIT zwischen der Schweiz und Pakistan bzw. den Philippinen als völkerrechtliche Verpflichtungen behandelt werden müssen und daher vor den ICSID Schiedsgerichten geltend gemacht werden können. Das Schiedsgericht in *SGS v. Pakistan* entschied, dass Verletzungen eines Vertrages zwischen einem Staat und einem Privaten grundsätzlich keine völkerrechtlichen Verletzungen darstellen und daher die Streitigkeit vor dem vertraglichen Gerichtsstand entschieden werden sollte.⁵⁹¹ Das Schiedsgericht in *SGS v. Philippinen* meinte dagegen, dass BIT

⁵⁸¹ Wälde, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. 50.

⁵⁸² *Ibid.*, S. 50.

⁵⁸³ *Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL Award of Sept. 2, 2001.

⁵⁸⁴ *CME v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial and Final Award of September 13, 2001 and March 14, 2003.

⁵⁸⁵ *Lauder v. Czech Republic*, UNCITRAL Award of Sept. 2, 2001, Rn. 201 ff., 293, 310 ff.

⁵⁸⁶ *CME v. Czech Republic*, UNCITRAL, Partial Award of September 13, 2001, Rn. 609.

⁵⁸⁷ *Ibid.*, Rn. 611.

⁵⁸⁸ *Ibid.*, Rn. 613.

⁵⁸⁹ *Frank*, 73 *Fordham L. Rev.* (2004-2005), Rn. 212.

⁵⁹⁰ Vgl. unten: 2 b) aa).

⁵⁹¹ *SGS v. Pakistan*, ICSID Decision on Jurisdiction of August 06, 2003, Rn. 167.

Klauseln entsprechend deren Zweck im Zweifel zugunsten des Investors auszulegen seien.⁵⁹² Es entschied, dass die Vertragsverletzung aufgrund der *Umbrella Klausel* zugleich eine BIT Verletzung darstelle.⁵⁹³ Das Schiedsgericht nahm damit trotz einer exklusiven Gerichtsstandwahl in dem Vertrag, dessen Verletzung gerügt wurde, seine Zuständigkeit an. Solche widersprüchlichen Entscheidungen und uneinheitlichen Auslegungen gleicher Normen bei vergleichbaren Sachverhalten stellen eine Gefahr für die internationale Rechtsicherheit dar, da die Staaten die Reichweite ihrer Verpflichtungen aus den BIT nicht genau einschätzen können.⁵⁹⁴ Sie gefährden die Glaubwürdigkeit und somit die Legitimität des ICSID Schiedsverfahrens.⁵⁹⁵

bb) Keine Möglichkeit der Überprüfung

ICSID Schiedssprüche können von nationalen Gerichten nicht und von ICSID Schiedsgerichten nur aufgrund begrenzter Aufhebungsgründe (vgl. Art. 52 (1) ICSID Konvention⁵⁹⁶) aufgehoben werden.⁵⁹⁷ Die Aufhebung sei, so das *ad-hoc Committee* in *MINE v. Guinea*, kein Rechtsmittel gegen falsche Entscheidungen.⁵⁹⁸ Auch widersprüchliche Entscheidungen können nicht aufgehoben werden, weil die Verfasser der Konvention einem effizienten Streitbeilegungsmechanismus Vorrang vor dem Prinzip der inhaltlichen Korrektheit eingeräumt haben⁵⁹⁹ und somit, trotz erhöhtem öffentlichen Interesse, eine uneinheitliche Anwendung der BIT und eine Rechtsunsicherheit in Kauf genommen haben.⁶⁰⁰ Im Ergebnis können private Schiedsgerichte Grundsatzentscheidungen von demokratisch legitimierten Regierungen aushebeln, ohne dass der Staat eine Nachprüfungsmöglichkeit hat.⁶⁰¹

⁵⁹² *SGS v. Philippines*, ICSID Decision on Jurisdiction of January 29, 2004, Rn. 116.

⁵⁹³ *Ibid.*, Rn. 128.

⁵⁹⁴ *Schill*, IILJ Working Paper 2006/6 (Global Administrative Law Series), S. 1.

⁵⁹⁵ *Peterson*, *Emerging Bilateral Investment Treaty Arbitration*, S. 5; *Frank*, 73 *Fordham L. Rev.* (2004-2005), S. 1583.

⁵⁹⁶ "(1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:

(a) that the Tribunal was not properly constituted;

(b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;

(c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;

(d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or

(e) that the award has failed to state the reasons on which it is based."

⁵⁹⁷ *Semler*, *SchiedsVZ* 2003, S.101.

⁵⁹⁸ *MINE v. Guinea*, ICSID, Decision of the *ad hoc* Committee of December 22, 1989, at 4.04: "Annulment is not a remedy against an incorrect decision."

⁵⁹⁹ *Schreuer*, *Commentary*, S. 893.

⁶⁰⁰ *Frank*, 73 *Fordham L. Rev.* (2004-2005), S. 1617.

⁶⁰¹ *Redfern*, in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi/Whitesell (Hrsg.), *Liber Amicorum Briner*, S. 670.

cc) Keine spezifische Kompetenz der ICSID Schiedsrichter

Die ICSID Schiedsrichter entscheiden über Klagen, die sehr spezifische und komplexe Fragestellungen aufwerfen. Sie müssen vielfältige, tiefgehende Erwägungen anstellen, obwohl sie in der Regel keine vertiefte Kenntnis der Rechts-, Wirtschafts- und Soziallage des beklagten Landes haben. So mussten z.B. die Schiedsrichter in *L&G v. Argentina*⁶⁰² und in *CMS v. Argentina*⁶⁰³ rückwirkend entscheiden, ob die Maßnahmen, die von einem mit der damaligen Wirtschaftslage und den Besonderheiten der argentinischen Volkswirtschaft vertrauten und für Wirtschaftsfragen qualifizierten Gremium zur Bekämpfung der Krise getroffen worden waren, erforderlich und geeignet waren. Ein weiteres Problem ist, dass die Schiedsrichter oft lediglich Erfahrungen in Handelsstreitigkeiten zwischen gleichberechtigten Parteien haben. Infolgedessen gehen sie mit einer zivilrechtlich geprägten Einstellung an völkerrechtliche Fälle heran, die wichtige Staats- und Gemeinwohlinteressen betreffen.⁶⁰⁴

dd) Vertraulichkeit des Verfahrens

Gemäß Regel 48(4) der *ICSID Arbitration Rules*⁶⁰⁵ darf der Schiedsspruch ohne Einwilligung der Parteien nicht veröffentlicht werden. Außerdem verpflichten sich die Schiedsrichter durch Regel 6 (2) *ICSID Arbitration Rules*⁶⁰⁶ zur Verschwiegenheit. Somit können das Verfahren und der Schiedsspruch aus Gründen des Parteienschutzes vertraulich bleiben.⁶⁰⁷ Nur in Ausnahmefällen wurde eine Beteiligung von *Amici Curiae* zugelassen.⁶⁰⁸ Dies erscheint problematisch, da die Zielsetzung des ICSID Schutzsystems oft über den Investorenschutz hinausgeht: In Fällen, in denen gewichtige öffentliche Interessen betroffen sind und ein besonderes Sachverständnis erforderlich ist, sollte das Interesse der Parteien an Vertraulichkeit ausnahmsweise zurücktreten.⁶⁰⁹

⁶⁰² *LG&E v. Argentina*, ICSID, Decision on Liability of October 3, 2006.

⁶⁰³ *CMS v. Argentina*, ICSID, Award of May 12, 2005.

⁶⁰⁴ *Burdeau*, in: *Leben* (Hsg.), *Contentieux arbitral transnational*, S. 188.

⁶⁰⁵ *ICSID Arbitration Rules*.

⁶⁰⁶ *Ibid.*

⁶⁰⁷ *Frank*, 73 *Fordham L. Rev.* (2004-2005), S. 1545.

⁶⁰⁸ In dem ICSID Fall *Foresti v. South Africa*, wo es um den *Black Economic Empowerment* Programm geht, dürfen sich NGOs als sogenannte *Non-Disputing Parties* am Verfahren beteiligen. <http://ita.law.uvic.ca/documents/Forestinon-DisputingPartiesOrder.pdf> (Stand: 31.12.09); Vgl. auch: *Suez v. Argentine Republic*, ICSID, pending.

⁶⁰⁹ *Redfern*, in: *Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi/Whitesell* (Hrsg.), *Liber Amicorum Briner*, S. 672.

ee) Probleme hinsichtlich der Wahl der Schiedsrichter

Manche Schiedsrichter sind zugleich in anderen Verfahren Parteivertreter. Es besteht daher die Gefahr, dass sie befangen sind und als Schiedsrichter Entscheidungen treffen, die in ihrer Rolle als Parteivertreter in anderen Verfahren vorteilhaft sind.⁶¹⁰ So hat Polen in *Eureko v. Poland*⁶¹¹ die Unabhängigkeit eines Schiedsrichters bezweifelt, weil ihm Beziehungen mit dem Parteivertreter des Klägers unterstellt wurden und er sich in einem späteren Verfahren als Parteivertreter zugunsten seines Mandanten auf den *Eureko v. Poland* Schiedsspruch stützte.⁶¹² Nach Auffassung des Schiedsgerichts in *Vivendi v. Argentina* soll das Bestehen von beruflichen Verbindungen zwischen einem Schiedsrichter und einer Partei indes nicht ausreichen, um den Schiedsrichter für dieses Verfahren zu disqualifizieren.⁶¹³

b) Unausgewogenes Verfahren

Die Intention der Verfasser der Konvention war es, die Interessen von Investoren und Gaststaaten in ein angemessenes Gleichgewicht zu bringen.⁶¹⁴ Die Frage, ob das ICSID Verfahren ausgewogen ist,⁶¹⁵ erübrigt sich im Grunde genommen, da das Investitionsschutzsystem Investoren lediglich Rechte gewährt und Staaten lediglich Pflichten auferlegt.⁶¹⁶ Das ICSID Verfahren setzt folglich nur die Rechte des Investors und nicht diejenigen des Staates durch und ist somit inhärent ungleichgewichtig.⁶¹⁷ Somit ließe sich die Intention der Verfasser der Konvention nur realisieren, wenn die Schiedsgerichte bei der Auslegung und Anwendung von investorenschützenden Vorschriften auch die Interessen der Staaten berücksichtigen und sich die Entwicklungsdimension des Investitionsschutzes vergegenwärtigen. Es wird im folgenden Abschnitt gezeigt, dass die Schiedsrichter oft investorenfreundlich sind⁶¹⁸ und, wie das Schiedsgericht in *SGS v. Philippines*, davon ausgehen, es sei bei der Anwendung von BITs

⁶¹⁰ Buergenthal, 22 *Arbitration International* (2006), S. 497/498.

⁶¹¹ *Eureko v Poland*, Ad hoc UNCITRAL Award of August 19, 2005.

⁶¹² *Peterson*, IA Reporter of October 14, 2009, Rn. 4

⁶¹³ *Vivendi v. Argentine*, ICSID Decision on the Challenge to the President of the Committee of October 3, 2001, Rn. 28.

⁶¹⁴ Report of the Executive Directors on the ICSID Convention (1965), par. 13 at 5 *zitiert nach*: Lamm, 5-6 *ICSID Rev. FILJ* 1990-1991, S. 463.

⁶¹⁵ Vgl. die Diskussion zum Thema in: Leben (Hsg.), *Contentieux arbitral transnational*, S. 184ff.

⁶¹⁶ *Liberti*, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. 794.

⁶¹⁷ *Prof. Juillard*, in: Leben (Hsg.), *Contentieux arbitral transnational*, S. 190.

⁶¹⁸ *Kahn*, in: Leben (Hsg.), *Contentieux arbitral transnational*, S. 194.

„legitimate to resolve uncertainties in its interpretation so as to favour the protection of covered investments“.⁶¹⁹

aa) Erweiterung der Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte

ICSID Schiedsgerichte verneinen selten ihre Zuständigkeit.⁶²⁰ Vielmehr hat sich diese im Laufe der Jahre zunehmend erweitert - zum einen wegen der Entstehung neuer Investitionsformen⁶²¹, zum anderen aufgrund einer extensiven Auslegung der Kompetenzvoraussetzungen der ICSID Konvention. Dementsprechend wurde das Argument der USA in *Methanex v. USA*, Zuständigkeitsklauseln seien restriktiv auszulegen, vom Gericht verworfen.⁶²²

(1) auf vertragliche Ansprüche durch die Umbrella Klausel

Die Rechtsnatur der vor den ICSID Schiedsgerichten vorgetragenen Investitionsstreitigkeiten ist ambivalent: Sie sind weder rein völkerrechtlich, weil der Privatinvestor keine Partei des völkerrechtlichen BITs ist, noch privatrechtlich, weil Verletzungen von völkerrechtlichen Verpflichtungen durch einen Staat geltend gemacht werden. Daraus ergeben sich Schwierigkeiten und Uneinheitlichkeiten bei der Unterscheidung zwischen Ansprüchen aus einem BIT (*Treaty Claim*) und einem Vertrag (*Contract Claim*). Diese Unterscheidung ist für die Kompetenz der ICSID Schiedsgerichte entscheidend, da diese nur für BIT bezogene Klagen zuständig sind. Für den Staat macht es einen großen Unterschied, ob er wegen einer Vertragsverletzung vor den ICSID Schiedsgerichten verklagt wird oder vor dem (i.d.R. aufgrund einer vertraglichen Gerichtsstandsklausel) zuständigen staatlichen Gericht. In den Fällen, in denen eine Vertragsverletzung zugleich eine BIT Klausel verletzt (wenn z.B. die Nichterfüllung des Vertrages zugleich eine indirekte Enteignung darstellt), ist die Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte für Klagen problemlos gegeben. Denn insoweit werden originäre BIT Verletzungen geltend gemacht.⁶²³ Durch eine extensive Auslegung der *Umbrella* Klausel erweitern manche Gerichte die Kompetenz der ICSID Schiedsgerichte auf weitere Fallkonstellationen. Die *Umbrella* Klausel ist eine verbreitete BIT Klausel,⁶²⁴ die völkerrechtlich sicherstellen soll, dass der Staat all seine Verpflichtungen gegenüber einem Investor einhält.⁶²⁵ Manchmal

⁶¹⁹ *SGS v. Philippines*, ICSID, Decision on Jurisdiction of January 29, 2004, Rn. 116.

⁶²⁰ Siehe die Auflistung bei : *Daigremont*, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S.458 Fn. 23.

⁶²¹ *Daigremont*, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S.469.

⁶²² *Methanex v. USA*, UNCITRAL Partial Award of August 7, 2002, Rn. 105.

⁶²³ *Vivendi v. Argentina*, ICSID Decision on Annulment of July 3, 2002, Rn. 93ff.

⁶²⁴ Z.B. Art. 7 (2) BIT (2002) Germany/Thailand: "Each Contracting Party shall observe any other obligation it has assumed with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party"

⁶²⁵ *Dolzer/Schreuer*, *Principles*, S. 153; *Dolzer/Stevens*, *Bilateral Investment Treaties*, S. 82.

werden Verletzungen, bei denen der Staat gegenüber einem Investor hoheitlich auftritt (z.B. bei Erteilung einer öffentlich-rechtlichen Zulassung), aufgrund des Ungleichgewichtes zwischen dem mit hoheitlichen Befugnissen ausgestatteten Staat und dem Investor über die *Umbrella* Klausel zum Gegenstand eines ICSID Verfahrens gemacht.⁶²⁶ In Fällen, in denen kein solch inhärentes Ungleichgewicht durch das einseitig ausgerichtete ICSID Schiedsverfahren kompensiert werden muss,⁶²⁷ ist die Internationalisierung von rein privatrechtlichen Verpflichtungen⁶²⁸ nicht gerechtfertigt. Nichtsdestotrotz können Investoren nach der Auffassung mancher Schiedsgerichte vor ICSID Schiedsgerichten die mangelnde Befolgung eines Privatvertrages durch den Gaststaat als eine Verletzung der *Umbrella* Klausel geltend machen.⁶²⁹ Über die *Umbrella* Klausel würden alle rein privatvertraglichen Verpflichtungen des Staates „internationalisiert“ und zu völkerrechtlichen Verpflichtungen gemacht.⁶³⁰ Zur Begründung wird teilweise auf den *Effet utile* des Investorenschutzes verwiesen.⁶³¹ So meinte das Schiedsgericht in *SGS v. Philippinen*, dass BIT Klauseln entsprechend ihrem Zweck im Zweifel zugunsten des Investors auszulegen seien⁶³² und daher eine Vertragsverletzung des Staates über die *Umbrella* Klausel zugleich eine BIT Verletzung darstelle.⁶³³

Eine solche Auslegung stellt einen Verstoß gegen die Vertragsfreiheit des Staates dar. Denn sämtliche Rechtswahl- und Gerichtsstandsklauseln, die privatautonom mit dem Investor vereinbart wurden, werden hierdurch umgangen. Dies hat weitreichende Folgen:⁶³⁴ Es besteht die Gefahr, dass die Beteiligung ausländischer Investoren an staatlichen Unternehmen erschwert wird. Weiter droht ein Verstoß gegen das Prinzip des gleichwertigen juristischen Schutzes unter Geschäftsparteien.⁶³⁵ Daher legen andere Schiedsgerichte aus Rücksicht auf die Intention der Vertragsstaaten die *Umbrella* Klausel restriktiver aus.⁶³⁶ Nach dieser Auffassung sind privatvertragliche Streitigkeiten vor dem vertraglichen Gerichtsstand zu entscheiden.

⁶²⁶ *El Paso v. Argentina*, ICSID Decision on Jurisdiction of April 27, 2006, Rn. 79.

⁶²⁷ *Marjosola*, Helsinki Law Review 2009, S.104.

⁶²⁸ *Kahn*, in : Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S.31.

⁶²⁹ *Sempra v. Argentina*, ICSID Decision on Objections to Jurisdiction, 11 May 2005, Rn. 100, 101; *Eureko v Poland*, UNCITRAL Award 19 August 2005, Rn. 244ff.

⁶³⁰ *Yannaca-Small*, OECD Working Papers on International Investment, Nr. 2006/3 (2006), S. 7 ff.; *Noble Ventures v. Romania*, ICSID Award of October 12, 2005, Rn. 53.

⁶³¹ *Noble Ventures, v. Romania*, ICSID Award of October 12, 2005, Rn. 55; *Eureko v Poland*, UNCITRAL Award 19 August 2000.

⁶³² *SGS v. Philippines*, ICSID, Decision on Jurisdiction of January 29, 2004, Rn. 116.

⁶³³ *Ibid*, Rn. 128.

⁶³⁴ *SGS v. Pakistan*, ICSID Decision on Jurisdiction of August 06, 2003, Rn. 167.

⁶³⁵ *Eureko v Poland*, Partial Award 19 August 2005, Dissenting Opinion Rajski, Rn. 11.

⁶³⁶ *SGS v. Pakistan*, ICSID Decision on Jurisdiction of August 06, 2003.

(2) durch die Anwendung der Meistbegünstigungsklausel auf Verfahrensebene

Die Meistbegünstigungsklausel (MFN) bewirkt, dass der Investor sich auf die für ihn günstigsten BIT Klauseln aus den anderen BITs des Gaststaates berufen kann.⁶³⁷ Umstritten ist, ob die MFN Klausel auch auf Verfahrensrechte und Definitionen in BITs Anwendung findet.⁶³⁸ Der Wortlaut vieler MFN Klauseln spricht dagegen. Hiernach soll nur die Anwendung investitionsschützender Bestimmungen in anderen BITs ermöglicht werden.⁶³⁹ Der Wortlaut bezieht sich demgegenüber nicht auf persönliche Rechte des Investors wie Verfahrensrechte.⁶⁴⁰ Gegen die Anwendung von MFN Klauseln auf zuständigkeitsbegründende Normen spricht ferner, dass die Schiedsgerichte, solange sie ihre Zuständigkeit nicht begründet haben, die MFN Klauseln noch nicht anwenden können⁶⁴¹. Dessen ungeachtet entschied das Schiedsgericht in *Maffezini v. Spanien*, dass die Meistbegünstigungsklausel auch Verfahrensrechte erfasst⁶⁴² und eine sonst nicht gegebene Zuständigkeit sich aus der Anwendung eines anderen BIT des beklagten Staates ergeben kann.⁶⁴³ In dem Fall berief sich ein argentinischer Investor auf den BIT zwischen Spanien und Argentinien. Allerdings war nach dessen Art. X eine Klage vor einem ICSID Schiedsgericht nur zulässig, wenn zuvor vor dem zuständigen nationalen Gericht geklagt wurde, und dieses innerhalb von 18 Monate keine Entscheidung in der Sache fällt.⁶⁴⁴ Unter Anwendung der Meistbegünstigungsklausel in Art. IV (2) des BITs zwischen Spanien und Argentinien⁶⁴⁵ berief sich der Kläger mit Erfolg auf eine Klausel in dem BIT zwischen Spanien und Chile, wonach das Bestreiten des nationalen Rechtswegs keine Zulässigkeitsvoraussetzung ist. Weitere Schiedsgerichte folgten im Grundsatz dieser Entscheidung.⁶⁴⁶ Ein Staat kann folglich vor einem ICSID Schiedsgericht verklagt werden, obwohl nach dem einschlägigen BIT die Einwilligung zum ICSID Verfahren nicht erteilt wurde,⁶⁴⁷ eine nationale Rechtswegerschöpfungsklausel vorlag oder ein anderes Gericht zuständig wäre.⁶⁴⁸

⁶³⁷ Daigremont, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S.505.

⁶³⁸ Ziegler, in: Reinisch (Hrsg.), *Standards*, S. 59.

⁶³⁹ *RosInvest v. Russia*, SSC Award on Jurisdiction of October 2007, Rn. 129.

⁶⁴⁰ *Newcombe*, Kluwer Arbitration Blog of Oct. 21, 2009; *Newcombe*, Kluwer Arbitration Blog of May 19, 2009.

⁶⁴¹ *Newcombe*, Kluwer Arbitration Blog of Oct. 21, 2009.

⁶⁴² *Maffezini v. Spanien*, ICSID Decision on Jurisdiction of January 25, 2000, Rn. 56, 64.

⁶⁴³ *Schill*, 10 *World Investment & Trade* (2009).

⁶⁴⁴ *Maffezini v. Spanien*, ICSID Decision on Jurisdiction of January 25, 2000, Rn. 19ff.

⁶⁴⁵ Die Klausel besagte: „In all matters subject to this Agreement, this treatment shall not be less favorable than that extended by each Party to the investments made in its territory by investors of a third country”.

⁶⁴⁶ Z. B.: *Siemens v. Argentina*, ICSID Decision on Jurisdiction of August 3, 2004.

⁶⁴⁷ *Renta v. Russia*, SCC Award on Preliminary Objections, 20 March 2009, Rn. 101: “there is no textual basis or legal rule to say that “treatment” does not encompass the host state’s acceptance of international arbitration.”

⁶⁴⁸ *Maffezini vs. Spanien*, ICSID Award of November 13, 2000, Rn. 21.

bb) Missbrauchs des ICSID Schutzes durch Treaty Shopping

Beim *Treaty Shopping*⁶⁴⁹ versuchen Investoren in den Anwendungsbereich eines vorteilhaften BITs zu fallen, um eine nach dem sonst einschlägigen BIT nicht gegebene Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte zu begründen. Aufgrund der extensiven Kompetenz der ICSID Schiedsgerichte erhöhen sich die Möglichkeiten, den Investitionsschutz durch *Treaty Shopping*⁶⁵⁰ zu missbrauchen. Ein *Treaty Shopping* erfolgt z.B., wenn die Anteile eines Unternehmens zum Schein an einen Angehörigen eines Mitgliedstaates der Konvention abgetreten werden⁶⁵¹ oder wenn ein Investor über ein ausländisches Scheinunternehmen als Ausländer i.S.d. Art. 25 ICSID im eigenen Land investiert.⁶⁵² Es handelt sich somit um Fälle, in denen ein Wechsel der Nationalität mit dem einzigen Ziel erfolgt, in den Schutzbereich eines BITs zu gelangen.⁶⁵³ Ein solches *treaty shopping* lag in der Entscheidung *Tokios Tokelès v. Ukraine* nahe. Die Klägerin war eine unter litauischem Recht registrierte juristische Person, die zu 99% Ukrainern gehörte. Ihr Verwaltungssitz lag in der Ukraine; sie führte keine Handelsaktivitäten in Litauen. Als die Klägerin auf der Basis des Litauen-Ukraine BITs die Ukraine verklagte, nahm das Schiedsgericht seine Zuständigkeit⁶⁵⁴ an. Zur Begründung führte es aus, es entspreche der Zielsetzung des streitgegenständlichen BITs die Investoren möglichst effektiv zu schützen. Weiter könnten die Parteien eines BITs frei bestimmen, wer seinen Schutz genießen soll.⁶⁵⁵ Nach der abweichenden Meinung des vorsitzenden Richters gefährdet diese Entscheidung die Integrität der ICSID Konvention, weil im Ergebnis Investoren unter Umgehung des nationalen Rechtswegs ihren Herkunftsstaat vor ICSID Schiedsgerichten verklagen können.⁶⁵⁶

cc) Abwälzung des wirtschaftlichen Risikos des Investors auf den Staat

In manchen Entscheidungen wurde der zukünftige entgangene Gewinn aus langwierigen Vertragsverhältnissen ersetzt⁶⁵⁷ und unverhältnismäßig hoher Schadenersatz im Vergleich zur investierten Summe zugesprochen.⁶⁵⁸ In *SSP v. Ägypten*⁶⁵⁹ scheiterte ein Immobilienprojekt

⁶⁴⁹ Daigremont, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S.460.

⁶⁵⁰ *Ibid.*, S.460.

⁶⁵¹ *Ibid.*, S.460.

⁶⁵² *Tokios Tokelès v Ukraine*, ICSID Decision on Jurisdiction and Dissent of April 29, 2004.

⁶⁵³ Daigremont, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S.461.

⁶⁵⁴ *Tokios Tokelès v Ukraine*, ICSID, Decision on Jurisdiction and Dissent of April 29, 2004, Rn. 21.

⁶⁵⁵ *Ibid.*, Rn. 27ff. u. 71.

⁶⁵⁶ *Ibid.*, Dissenting opinion, Rn. 25.

⁶⁵⁷ *Hunter/Barbuk*, in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi/Whitesell (Hrsg.), *Liber Amicorum Briner*, S. 382.

⁶⁵⁸ *Ibid.*, S.399.

⁶⁵⁹ *SSP v. Egypt*, ICSID Award of May 20, 1992.

zwischen SSP und Ägypten, weil dessen Durchführung auf einem Grundstück der SSP Ägyptens Verpflichtungen aus der UNESCO Konvention zum Schutz von Natur- und Kulturerbe von 1972 verletzen würde. SSP machte geltend, dass die Kündigung des Projektes eine Enteignung ihrer Investition darstelle. Da die völkerrechtliche Rechtmäßigkeit des ägyptischen Handelns nicht strittig war, ging es vor allem um die Höhe der Entschädigung.⁶⁶⁰ Das Schiedsgericht sprach SSP eine Entschädigung zu, die sich nicht nur am Verkehrswert des Grundstückes und an SSPs frustrierten Aufwendungen,⁶⁶¹ sondern auch an ihrem zukünftigen entgangenen Gewinn⁶⁶² orientierte. Zur Begründung wies das Schiedsgericht darauf hin, dass Ägypten immaterielle Vorteile durch die Erhaltung eines Gebietes des Weltkulturerbes zugeflossen seien.⁶⁶³ Dies erscheint wenig überzeugend. Denn diese immateriellen Vorteile hängen nur von der Verfügungsmöglichkeit über das Grundstück ab und nicht von dem Scheitern des Immobilienprojektes mit SSP. Der Ersatz des entgangenen Gewinns von SSP scheint daher unbegründet zu sein.

Im Ergebnis müssen die Staaten, auch wenn sie, wie Ägypten, aus Gründen der internationalen *Ordre Public* handeln,⁶⁶⁴ nicht nur die Kosten der Belange des Allgemeinwohles allein tragen, sondern auch für den dadurch bedingten entgangenen Gewinn von privaten Investoren aufkommen. Dies stellt eine ungerechtfertigte Verteilung der öffentlichen Lasten dar, die den Investitionsschutz zu einer umfassenden Risikoversicherung zweckentfremdet.⁶⁶⁵ In *Santa Elena v. Costa Rica*⁶⁶⁶ wurde die Investition des Klägers in Umsetzung ökologischer Verpflichtungen aus einer internationalen Konvention enteignet. Bei der Bestimmung der Höhe der Entschädigung meinte das Gericht, der Staat sei unabhängig wie lobenswert und nützlich seine Maßnahme für die Gemeinschaft sei, zur vollen Entschädigung verpflichtet.⁶⁶⁷ Die Quantifizierung der Entschädigung bei einer indirekten Enteignung ist grundsätzlich schwierig, denn oft wird nicht die wertmäßig messbare Substanz des Eigentums angegriffen, sondern nur dessen Gebrauchsmöglichkeit. Der objektive Wert des enteignenden Objektes kann im Gegensatz zur direkten Enteignung daher keinen Richtwert für die Entschädigung geben. Bei einer direkten Enteignung ist der Staat regelmäßig in Höhe des enteigneten Objekts bereichert, so dass er bzw. die Allgemeinheit trotz der Entschädigungspflicht keine Kosten trägt, während die durch die indirekten Enteignung bedingte Wertreduzierung der Investition selten

⁶⁶⁰ *Ibid.*, 1992, Rn. 158ff.

⁶⁶¹ *Ibid.*, Rn. 198: „out-of-pocket expenses“.

⁶⁶² *Ibid.*, Rn. 215: „opportunity of making a commercial success of the project“.

⁶⁶³ *Ibid.*, Rn. 246.

⁶⁶⁴ Kahn, in: Kahn/Wälde (Hsrg.), *Aspects nouveaux*, S. 38.

⁶⁶⁵ Kahn, in: Leben (Hrsg.), *Contentieux arbitral transnational*, S. 195.

⁶⁶⁶ *Compañia Santa Elena v. Costa Rica*, ICSID Award of February 17, 2000.

⁶⁶⁷ *Ibid.*, Rn. 72.

mit einer Bereicherung des Staates oder der Allgemeinheit korrespondiert.⁶⁶⁸ Global gesehen entsteht ein Verlust und die Höhe der Entschädigungspflicht orientiert sich demnach an der Risiko- und Kostentragungslast der einzelnen Beteiligten. Eine Entschädigungspflicht, die auch den entgangenen Gewinn des Investors erfasst, wälzt nicht nur die Kostenlast des verfolgten Zweckes, sondern auch das wirtschaftliche Risiko des Investors einseitig auf den Staat ab. Wenn ein Staat zu Umweltzwecken traditionelle Glühbirnen verbietet, kann dies eine indirekte Enteignung eines Glühbirnenproduzenten darstellen. Die Entschädigungspflicht würde nach der Auffassung mancher Schiedsrichter nicht nur die Kosten seiner frustrierten Aufwendung, sondern auch seinen entgangenen Gewinn für die nicht verkauften Glühbirnen umfassen. Während die frustrierten Aufwendungen Teil der Kosten des Umweltschutzes sind, die von der Allgemeinheit zu tragen sind, wäre der entgangene Gewinn nur Teil des wirtschaftlichen Risikos des Investors. Dieses dem Staat aufzuerlegen, stellt eine völlig einseitige und unausgewogene Auslegung und Anwendung des Investitionsschutzes dar.

c) Fazit

Auch wenn der Abschluss von BITs einen Souveränitätsverlust bedeutet, hoffen die Staaten, dass dieser durch ein transparentes Verfahren und ausgewogene Entscheidungen der ICSID Schiedsgerichte kompensiert wird. Oft legen Schiedsgerichte jedoch ihre Zuständigkeit extensiv und die BITs investorenorientiert aus, so dass das ICSID Verfahren unausgewogen erscheint. Darüber hinaus ist in Frage zu stellen, ob ICSID Schiedsgerichte hinreichend legitimiert sind, um über Kernbereiche des nationalen öffentlichen Lebens interessengerecht zu entscheiden.⁶⁶⁹

⁶⁶⁸ *Nouvel*, 106 *Revue Général de Droit International Public* 2002, S. 89.

⁶⁶⁹ *Ibid*, S. 1521ff.; *Brower*, *Nat'l L. J.*, Oct. 7 2002, S. 1.

V. Wechselwirkung Investitionsschutz, Staatssouveränität und Entwicklung

“While economic growth constitutes an essential driver of sustainable development, so too does the capacity of governments to regulate that economic activity so as to minimize its environmental externalities and maximize its contribution to the alleviation of poverty and the improvement of livelihoods.”¹

Wie bereits ausgeführt (siehe III.2), kann Investitionsschutz im Zusammenspiel mit anderen Faktoren eine Steigerung des Investitionsflusses herbeiführen. Weiter wurde dargelegt (siehe III.3), dass Investitionen erst unter gewissen Voraussetzungen einen Entwicklungsbeitrag leisten können. An dieser Stelle sollen nun exemplarisch die Wirkungen des Investitionsschutzes auf solche zusätzlichen investitions- und entwicklungsfördernden Bedingungen dargestellt werden.

1. Rechtsstaatliche Institutionen

Entsprechend den obigen Ausführungen (siehe III.) ist das Bestehen von funktionierenden und rechtsstaatlichen inländischen Institutionen ein sehr wichtiger Faktor, um den Investitionszufluss zu steigern und um sicherzustellen, dass er sich entwicklungsfördernd auswirkt.² Schwache finanzielle und juristische Infrastrukturen können den Entwicklungsbeitrag von FDIs mindern, indem sie zur finanziellen Volatilität beitragen.³ Die institutionellen Rahmenbedingungen umfassen eine Vielzahl von Faktoren mit staatlichem Ursprung, wie z.B. die Korruptionspraxis, die Qualität der Gesetze oder die Effektivität des Verwaltungsapparats.⁴ Im Folgenden soll daher der Einfluss von BITs auf inländische Institutionen untersucht werden.

Nach einer Ansicht bemühen sich Gaststaaten wegen der Gefahr gegen BITs zu verstoßen darum, ihre hoheitlichen Befugnisse BIT konform auszuüben und einen stabilen Rechtsrah-

¹ Peterson, The Royal Institute of International Affairs-Briefing Paper No. 10 (2004), S. 2.

² Hallward-Driemeier, World Bank Policy Research Working Paper No. 3121 (2003), S. 23.

³ Norton, in: Horn (Hrsg.), Foreign Disputes, S. 91.

⁴ Hallward-Driemeier, World Bank Policy Research Working Paper No. 3121 (2003), S. 21; in der englischsprachigen Literatur wird in diesem Kontext „Rule of Law“ verwendet.

men zu schaffen.⁵ Dies würde sich mittelbar positiv auf den Investitionsfluss auswirken. Denn je stabiler der Rechtsrahmen sei, desto mehr Investitionen würden getätigt. Dies gereiche auch der Entwicklung zum Vorteil.⁶

Allerdings wurde empirisch festgestellt, dass der Abschluss von BITs sich auch negativ auf die Qualität der staatlichen Institutionen auswirken kann.⁷ Unter anderem besteht die Gefahr, dass ausländische Investoren Korruption und Strukturen von *bad governance* fördern.⁸ Hinzu kommt, dass BITs das Entstehen eines soliden Rechtsstaates verhindern können: In diesem Fall tragen Investoren zur Verbesserung des bestehenden Systems nicht bei, sondern hindern aktiv die Entwicklung von wohlfahrtsorientierten inländischen Gesetzesinitiativen.⁹ Konkret kann dies folgenden Hintergrund haben: Da viele BITs keine Rechtswegerschöpfung verlangen,¹⁰ wird das nationale Rechtssystem bei transnationalen Investitionsstreitigkeiten zugunsten der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit umgangen,¹¹ was eine Verbesserung der örtlichen Gerichte und der nationalen Rechtsstaatlichkeit verhindert.¹² Wenn nämlich transnationale Investitionsstreitigkeiten vor den nationalen Gerichten entschieden würden, würden die Investoren und ihre Herkunftsstaaten auf den Gaststaat Druck ausüben, seine Rechtsordnung zu verbessern.¹³ Um sich im Wettbewerb um Investitionen hervorzutun, wären Gaststaaten bestrebt, ihre Rechtsordnung zu verbessern: Die nationalen Gerichte würden eine kohärente, auf allgemeingültigen Rechtsgrundsätzen basierende Praxis des Investitionsschutzes entwickeln und hierdurch das nationale Rechtssystem transparenter und für zukünftige Investoren vorhersehbarer gestalten.¹⁴ Wegen der Existenz von Schiedsklauseln fehlt den Gaststaaten jedoch der Antrieb dazu.¹⁵ Stattdessen entscheiden nationale Gerichte mit begrenzten Mitteln und ungeeigneter Praxis des Investitionsschutzes nur über Inlandsinvestitionsstreitigkeiten.¹⁶ Wegen der schlechten Qualität der inländischen Investitionsschutzrechtspraxis leidet der ebenfalls entwicklungsfördernde nationale Investitionsfluss.¹⁷ Auch auf weitere inländische

⁵ Egger/Paffermayer, *Journal of Comparative Economics* 32 (2004), S. 788ff.

⁶ Hallward-Driemeier, *World Bank Policy Research Working Paper* No. 3121 (2003), S. 21.

⁷ Ginsburg, 25 *International Review of Law and Economics* (2005), S. 27.

⁸ *Ibid.*, S. 23; *Jiogue*, *Investissements au Cameroun*, S. 504.

⁹ Daniels, *Subversion of the Rule of Law*, S. 2.

¹⁰ Die Rechtswegerschöpfung ist keine Zulässigkeitsvoraussetzung der ICSID.

¹¹ Neumayer/Spess, *World Development*, Elsevier, vol. 33(2005), S. 11.

¹² Franck, 19 *Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.* (2007), S. 365.

¹³ Halle/Peterson, *Investment provisions*, S. 24.

¹⁴ Franck, 19 *Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.* (2007), Fn. 144.

¹⁵ Daniels, *Subversion of the Rule of Law*, S. 25.

¹⁶ Ginsburg, 25 *International Review of Law and Economics* (2005), S. 27; Dagegen wird eingewendet, dass nationale Gerichte sich (u.a. unter dem Druck von nationalen Investoren) an der Rechtspraxis und Niveau der ICSID Schiedsgerichte orientieren können (Wälde zitiert nach: Franck, 19 *Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.* (2007), S. 367, Fn. 148). Allerdings haben die ICSID Schiedsgerichte mangels Präzedenzbindung kaum allgemeingültige Rechtspraxis und diese ist umstritten.

¹⁷ Halle/Peterson, *Investment provisions*, S. 23

Institutionen kann der Investitionsschutz für ausländische Investoren einen schlechten Einfluss haben: Ohne Rechtsschutz durch die BITs würden Investoren ihren Einfluss gegenüber den Gaststaaten benutzen, um Reformen in die Wege zu leiten. Bei Vorliegen von BITs sind solche Reformen unwahrscheinlicher.¹⁸ Durch den internationalen Investitionsschutz sehen sich Investoren oft in einer abstrakten Sicherheit, während sie sonst versuchen würden, das Investitionsklima und die Institutionen im Staat zu verbessern. Auch besteht die Gefahr, dass Gaststaaten, u.a. aus Angst davor, aus dem BIT verklagt zu werden, ihre Institutionen einseitig zugunsten von ausländischen Investoren reformieren,¹⁹ ohne das nationale Allgemeininteresse und inländische Investoren zu berücksichtigen. Letztere sind jedoch ebenfalls einen wichtigen Faktor von Entwicklung.²⁰ Schließlich kann die Unsicherheit hinsichtlich der Reichweite ihrer Verpflichtungen unter den BITs²¹ Staaten dazu veranlassen, aus Angst, sich entschädigungspflichtig zu machen, Maßnahmen zu unterlassen, die entwicklungs- und investitionsfördernd wären.²²

2. Performance Requirement Klauseln als staatliche Lenkungsmöglichkeit

Eine Lenkungsmöglichkeit auf nationaler Ebene sind *Performance Requirement* Klauseln.²³ Durch diese Klauseln können Staaten die Investitionsströme nach rechtspolitischen Erwägungen lenken und somit gewährleisten, dass der Investitionszufluss ihren Entwicklungszielen entspricht.²⁴ Diese Klauseln sollen die negativen Wirkungen von Investitionen mindern und deren positive Wirkung auf nationale Entwicklungsziele steigern.²⁵ Dies kann z.B. durch Auflagen an Investoren erfolgen, inländische Arbeitnehmer einzustellen oder mit lokalen Firmen zusammenarbeiten.²⁶

Oft werden solche Klauseln allerdings durch die BITs verboten, weil behauptet wird, sie seien ineffektiv und trügen nicht zum wirtschaftlichen Wachstum des Gaststaates bei.²⁷ Inhetwegen würden Investitionen in ineffiziente Bereiche gelenkt, die effizienten, natürlichen Marktströ-

¹⁸ Tobin/Ackerman, Yale Law Centre for Law, Economics and Public Policy: Research Paper No. 293 (2005), S. 11.

¹⁹ Kentin, in: Schrijver (Hrsg.), Principle and Practice, S. 309ff.

²⁰ Cosbey, IISD 2005, S.10.

²¹ Vgl. IV.

²² Franck, 99 The American Journal of International Law (2005), S. 678.

²³ Zum Ganzen: UNCTAD (2003) Performance Requirements, S. 1-41.

²⁴ Ibid, S.3.

²⁵ Muchlinski, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer(Hrsg.), Oxford Handbook, S.31.

²⁶ Ausführlich: UNCTAD (2001), S.3.

²⁷ Cosbey, IISD 2005, S.14.

mungen verzehrt,²⁸ nicht wettbewerbsfähige inländische Unternehmen geschützt, die Investitionskosten durch bürokratische Auflagen erhöht und somit insgesamt Kapital falsch alloziert.²⁹ Mehrere Studien belegen, dass dies für manche Typen von *Performance Requirement* Klauseln (z.B.: *domestic content and technology sharing requirement*) tatsächlich der Fall ist. Andere *Performance Requirement* Klauseln können demgegenüber einen messbaren positiven Einfluss auf die Entwicklung haben.³⁰ Letztendlich hängt ihre Wirkung stark von ihrer Ausgestaltung und den Besonderheiten der betroffenen Ländern, der Marktstruktur und dem Wirtschaftssektor ab.³¹ Bei Vorliegen eines unvollkommenen Marktes oder bei Monopolsituationen können *Performance Requirements* dadurch gerechtfertigt werden, dass sie wohlfahrtserhöhende Wirkung haben. Es besteht nämlich die Gefahr, dass FDIIs zu einer Wettbewerbseinschränkung führen und erzielte Investitionsgewinne von dominierenden ausländischen Investoren sich zu Lasten von konkurrierenden inländischen Unternehmen auswirken können. Letztlich kompensiert der Staat durch eine Marktverzerrung in Form von *Performance Requirements* ein ohnehin bestehendes Marktversagen.³² Ferner beschränkt sich die Kritik an *Performance Requirement* Klauseln auf wirtschaftliche Gesichtspunkte und ist, an diesem Maßstab gemessen, oft gerechtfertigt. Ihr Einfluss auf andere Belange wird allerdings kaum berücksichtigt.³³ Dabei sprechen Verteilungs- und Nachhaltigkeitsgesichtspunkte für solche *Performance Requirement* Klauseln, die z.B. ausländischen Unternehmen die Beschäftigung von benachteiligten Gesellschaftsgruppen auferlegen,³⁴ umweltverträgliche Technologien fördern oder die Benutzung knapper Gütern begrenzen.³⁵

²⁸ UNCTAD (2001), Host Country, S. 6.

²⁹ Elfer, Internationale Investitionsverträge, S.117; *Ibid*, S. 6.

³⁰ UNCTAD (2003), S.32ff.

³¹ Elfer, Internationale Investitionsverträge, S.120

³² *Ibid*, S.117

³³ Peterson, IISD (2004), S. 34

³⁴ Vgl. z.B. Black Economic Empowerment (BEE) in Südafrika; *INVEST-SD*, Investment Law and Policy News Bulletin July 8, 2003.

³⁵ Elfer, Internationale Investitionsverträge, S.117.

VI. Ausgewogenheit des Investitionsschutzes als Bedingung der Entwicklung

Wenn ein investitionsexportierender und ein investitionsimportierender Staat über den Abschluss eines BITs verhandeln, verlaufen ihre Interessen gegensätzlich. Oft ist darüber hinaus die Verhandlungsmacht zwischen den Parteien unausgeglichen und die Vorschläge der verhandlungsstärkeren Parteien werden von der abhängigen verhandlungsschwächeren Partei unter dem Druck des Wettbewerbs und der restlichen Weltgemeinschaft in Unkenntnis der genauen Reichweite der eingegangenen Verpflichtungen weitgehend übernommen. Ferner ist es aufgrund der Vielfalt und Komplexität der Investitionsschutzmechanismen zunehmend schwierig, ein angepasstes Abkommen zu schließen und das Investitionsschutzsystem kohärent zu gestalten.³⁶ Aufgrund dieser Besonderheiten kann man bei einem BIT nicht ohne weiteres davon ausgehen, dass der Vertragstext auch dem von den Vertragsparteien Gewollten entspricht, so dass die Vertragsfreiheit alleine nicht die Ausgewogenheit des abgeschlossenen BITs gewährleistet. Es ist daher gerechtfertigt, das Investitionsschutzsystem inhaltlich zu überprüfen und sich das Potential und die Gefahren, die dem Investitionsschutzsystem inhärent sind, zu vergegenwärtigen, um sicher zu stellen, dass es weiterhin eine produktive Rolle in der wirtschaftlichen, rechtsstaatlichen und sozialen Entwicklung spielt.³⁷ Dies ist sogar eine praktische Notwendigkeit, da viele Länder nicht von dem Investitionsschutzsystem der BITs und der ICSID Konvention in seiner derzeitigen Ausgestaltung profitieren: Neben den Verzicht auf die völkerrechtliche Staatenimmunität³⁸ vor den ICSID Schiedsgerichten bedeutet die Unterwerfung unter das Investitionsschutzsystem aus Sicht von investitionsimportierenden Staaten einen starken Souveränitätsverlust im Bereich der Exekutive, Legislative und Judikative. Manche Schiedsgerichte legen die Zuständigkeitsvoraussetzungen so extensiv aus, dass jeder transnationale Kapitalzufluss unter den Begriff Investition subsumiert wird³⁹ und reine Vertragsverletzungen aus Handelsstreitigkeiten⁴⁰ zu Schadenersatzansprüchen führen können.⁴¹ Es besteht die Gefahr, dass die Kompetenz der ICSID Schiedsgerichten aufgrund dieser extensiven Rechtssprechung ausufert und missbraucht wird und quasi jede staatliche Maßnahme, die Interessen von Investoren tangiert, durch die Schiedsgerichte überprüft

³⁶ Zhan, UNCTAD Expert Meeting 2007, S. 7.

³⁷ Franck, 19 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. (2007), S. 373.

³⁸ Delaume, Revue de l'Arbitrage (1983), S.145.

³⁹ Horchani, Journal de Droit International (2004), S.381.

⁴⁰ Kahn, in: Leben (Hsg.), Contentieux arbitral transnational, S. 194.

⁴¹ Hunter/Barbuk, in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi/Whitesell (Hrsg.): Liber Amicorum Briner, S. 382.

wird.⁴² Hierdurch würde die Grenze zwischen der Handels- und der Investitionsschiedsgerichtsbarkeit verzerrt.⁴³ Ferner zeichnet sich eine demokratische Willensbildung dadurch aus, dass beim Erlass einer Maßnahme zwischen den betroffenen Interessen, darunter denen der Investoren, abgewogen wird und die Kosten der Aufgaben des Allgemeinwohles zwischen Privaten und Allgemeinheit verteilt wird.⁴⁴ Um diese Kosten für ausländische Investoren gering zu halten, werden allerdings politische Grundentscheidungen der Staaten im Bereich des Umweltschutzes, der Gesundheit oder der Finanzpolitik in Frage gestellt und der demokratisch legitimierte Abwägungsprozess umgangen.⁴⁵ Zwar lehnen es die Schiedsgerichte grundsätzlich ab, politische Grundentscheidungen des Staates zu überprüfen. Jedoch wird oft die Außenwirkung solcher Maßnahmen auf Investoren gerügt, was einer mittelbaren Überprüfung dieser Grundentscheidungen gleichkommt.⁴⁶ Auch fehlt es dem ICSID Verfahren, im Unterschied zu klassischen Rechtssystemen, an einem Instanzenzug, einem übergeordneten Kontrollmechanismus und an kohärenten Urteilen, die durch eine öffentlich anerkannte Gewalt ausgesprochen werden.⁴⁷ Die Reichweite der Verpflichtungen des Gastlandes lässt sich nicht ohne weiteres aus den BIT Klauseln herleiten. Der interpretatorische Spielraum der Schiedsgerichte ist daher sehr weit und deren Entscheidungen sind oft unvorhersehbar. Dies gilt umso mehr, als sie nicht an vorhergehende Entscheidungen gebunden sind. Es besteht daher die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen, was für die Rechtssicherheit nicht förderlich ist. Die Vielzahl von Investitionsschutzmechanismen⁴⁸ und unterschiedlicher Streitbelegungsverfahren⁴⁹ führt zu Unsicherheiten bezüglich des Forums und des anwendbaren Rechts und macht das Investitionsschutzrecht undurchsichtig.⁵⁰ Deswegen wird von einer Legitimationskrise des verfahrensrechtlichen Investitionsschutzes gesprochen.⁵¹

Im Ergebnis werden die Einschränkungen aufgrund der Unterwerfung an das Investitionsschutzsystem nicht zwangsläufig durch entwicklungsfördernde Investitionen kompensiert. Manche Staaten befürchten, daran gehindert zu sein, wirtschaftlich, sozial und ökologisch

⁴² Dolzer, 37 N.Y.U.J.Int'l L&Pol. (2004-2005), S. 956; Neumayer/Spess, World Development, Elsevier Vol.33 (2005), S. 10.

⁴³ Dolzer/Schreuer, Principles, S. 155.

⁴⁴ Higgins, Académie de Droit International – Recueils des Cours 176 (1982), S. 263ff., 339.

⁴⁵ Horchani, Journal de Droit International (2004), S.412.

⁴⁶ CMS v. Argentina, ICSID Decision on objection of jurisdiction of July 17, 2003, Rn. 33; Enron v. Argentina, ICSID Decision on Jurisdiction of January 14, 2004, Rn. 29 ff.

⁴⁷ Brower, Nat'l L. J., Oct. 7 2002, S. 1.

⁴⁸ BIT, Economic development Agreement, regionale Abkommen wie die NAFTA oder die ECT, Investitionsverträge.

⁴⁹ Z. B.: ICSID, UNCITRAL, ICC.

⁵⁰ Rosendahl, in: Horn (Hrsg.), Foreign Disputes, S. 38.

⁵¹ Frank, 73 Fordham L. Rev. (2004-2005), S. 1521ff.; Brower, Nat'l L. J., Oct. 7 2002, S. 1.

lenkend tätig zu werden, um ihre nationalen Entwicklungsziele zu erreichen⁵² und die negativen Folgen von ausländischen Investitionen zu dämpfen.⁵³ Die Schiedsgerichte sollten daher bei der Auslegung und Anwendung des Investitionsschutzes auch die Interessen der beklagten Staaten berücksichtigen. Der Investitionsschutz ist kein Selbstzweck: Er dient auch der Entwicklung der Gaststaaten⁵⁴ und sollte daher mit ihren Entwicklungszielen vereinbar sein.⁵⁵ Eine einseitige investorenorientierte Auslegung und Anwendung des Investitionsschutzsystems führt dazu, dass Staaten davon Abstand nehmen, was letztendlich investitionsmindernd ist und das unmittelbare Ziel des Investitionsschutzes gefährdet.⁵⁶ Die ALBAs Mitgliedstaaten (Venezuela, Bolivien, Kuba, Ecuador, Nicaragua, Honduras, Dominikanische Republik, Saint Vincent und Antigua und Barbuda) forderten auf dem siebten ALBA-Gipfel im Oktober 2009 daher die Ersetzung des ICSID durch ein eigenes autonomes Schiedsgericht⁵⁷ und einen restriktiven und staatsfreundlichen Investitionsschutz.⁵⁸ Ecuador hat nach einem verlorenen Schiedsverfahren⁵⁹ neun bestehende BITs⁶⁰ sowie seine Mitgliedschaft in der ICSID Konvention gekündigt. Bolivien hat im April 2007 seine Mitgliedschaft in der ICSID Konvention gekündigt.⁶¹ Damit das Investitionsschutzsystem tragfähig bleibt, müssen die ICSID Schiedsgerichte ein fragiles Gleichgewicht herstellen und ein Maß an Investitionsschutz finden, bei welchem die Investoren weiterhin investieren wollen und der Staat weiterhin offen für Investoren ist.⁶² Es muss sichergestellt werden, dass das Investitionsschutzsystem einen allseitig vertretbaren *Bargain* darstellt. Hierzu müsste es aus Sicht der investitionsimportierenden Staaten nachweisbare Entwicklungswirkung entfalten.

⁵² *Scandiucci Filho*, UNCTAD Expert Meeting on Development, June 2007, S. 6,7.

⁵³ *Vandeveld*, Harvard International Law Journal, 41-2 (2000), S. 499

⁵⁴ *Saluka v. Czech Republic*, UNCITRAL Partial Award of March 17, 2006, Rn. 300.

⁵⁵ UNCTAD (1999), Fair and Equitable Treatment, S. 54.

⁵⁶ *Saluka v. Czech Republic*, UNCITRAL Partial Award of March 17, 2006, Rn. 300.

⁵⁷ *Cabrera*, ITN of November 3, 2009;

<http://www.google.com/hostednews/afp/article/ALeqM5jisHEg79Cz8uRtYfZR6WK4JmWsIg> (Stand: 31.12.09).

⁵⁸ ALBA (2009): Declaración de la VII Cumbre, 17 de Octubre de 2009.

⁵⁹ *Occidental v. Ecuador*, London Court of International Arbitration, Award of July 1, 2004.

⁶⁰ *Vis-Dunbar*, ITN June 2009, S. 2; *Franck*, 99 The American Journal of International Law (2005), S. 680.

⁶¹ *Tietje/Nowrot/Wackernagel*, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 74/2008, S.5; *Cabrera*, Quiborax, ITN of November 3, 2009.

⁶² *Schill*, IILJ Working Paper 2006/6 (Global Administrative Law Series), S. 6.

TEIL III

ENTWICKLUNG ALS BEDINGUNG DES INVESTITIONSSCHUTZES

*“It is clear that international investment law can be used to support positive modes of development”.*⁶³

⁶³ Wälde, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), Sustainable Development, S. 375.

§ 6 Notwendigkeit von Lenkungsmaßnahmen zur Realisierung der Entwicklungsdimension des Investitionsschutzes

„Multilateral institutions can play a major role in maximizing the potential benefits of trade and globalisation while minimizing its risks.“⁶⁴

Das Spannungsverhältnis zwischen Investitionen und nachhaltiger Entwicklung sowie die Notwendigkeit von lenkenden entwicklungsfördernden Rahmenbedingungen, u.a. durch ein funktionierendes Investitionsschutzsystem, waren Gegenstand des G8 Gipfels 2007 in Heiligendamm. Dies dokumentiert folgendes Zitat der Gipfelerklärung:

„Wir sind uns dessen bewusst, dass die Zunahme grenzüberschreitender Direktinvestitionen ein wichtiger Faktor für die Gestaltung der Weltwirtschaft ist. Sofern geeignete Rahmenbedingungen vorhanden sind, leisten derartige Zuflüsse einen bedeutenden positiven Beitrag zu wirtschaftlichem Wachstum sowie sozialer und ökologischer Entwicklung (...)

Wir ersuchen die UNCTAD und die OECD, die Industriestaaten, Schwellenländer und Entwicklungsländer gemeinsam in die Entwicklung bewährter Verfahren zur Schaffung eines institutionellen Umfelds einzubinden, das der Erhöhung ausländischer Investitionen und der nachhaltigen Entwicklung förderlich ist. (...)“⁶⁵

Auch in den UN Konferenzen von *Monterrey* und *Doha* wurde das Verhältnis zwischen Investitionsschutz und Entwicklungsförderung problematisiert. Es wurde klargestellt, dass sich der Investitionsschutz nicht zum Nachteil von sozialen und ökologischen Belangen und der Staatssouveränität auswirken darf.⁶⁶ Ferner wurde konstatiert, dass FDI in sozialer, ökologi-

⁶⁴ *Jessen*, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development*, S. 92.

⁶⁵ G8- Gipfelerklärung Heiligendamm 2007, S. 7ff.

⁶⁶ UN-Doha 2008: Rn. 27: „We recognize that the development impact of foreign direct investment should be maximized. We further recognize that the transfer of technology and business skills is a key channel through which foreign direct investment can positively impact development. We will strengthen national and international efforts aimed at maximizing linkages with domestic production activities, enhancing the transfer of technology and creating training opportunities for the local labour force (...). It is also important to enact and uphold, as appropriate, labour and environmental protection (...) We welcome efforts to promote corporate social responsibility and good corporate governance (...) We reaffirm that every State has, and shall freely exercise full permanent sovereignty over, all its wealth, natural resources and economic activity. We support measures to en-

scher und ökonomischer Hinsicht nicht *per se* einen positiven Einfluss auf die globale Entwicklung haben,⁶⁷ jedoch eine große Rolle für nachhaltiges Wachstum spielen können.⁶⁸ Die Teilnehmer, u. a. Abgesandte der Weltbank, waren sich daher einig, dass es erforderlich sei „to support the creation and sustenance of a conducive environment through appropriate national and international actions“⁶⁹, um die Entwicklungswirkung von Investitionen zu fördern.

Wie bereits im Teil II § 1 dargestellt, führen FDIs oft zu einem wirtschaftlichen Wachstum. Sie können im Zusammenspiel mit anderen inländischen Faktoren ein Entwicklungskatalysator sein, sofern sie richtig eingesetzt werden und ihre Negativeffekte auf Komponenten einer nachhaltigen Entwicklung kontrolliert werden können.⁷⁰ Das Vorliegen und die Stärkung solcher inländischer Entwicklungsfaktoren sowie die Kontrolle der Negativeffekte von FDIs hängen wiederum u. a. von der Fähigkeit der Gaststaaten ab, den Investitionsstrom und innerstaatlichen Markt zu regulieren.⁷¹ Damit also aus der Wechselwirkung zwischen FDIs und inländischen Faktoren ein entwicklungsförderndes Zusammenspiel entsteht, müssen FDIs gelenkt werden.⁷² Solche Lenkungsmaßnahmen sind auf nationaler Ebene aufgrund der durch die BITs bedingten Souveränitätseinschränkungen nur schwer möglich. Der Gestaltungsspielraum der Staaten wird insbesondere durch das Verbot von *Performance Requirements* eingeschränkt. Daher scheinen entwicklungsfördernde Lenkungsmaßnahmen auf internationaler Ebene zwingend erforderlich, um die Entwicklungsdimension des Investitionsschutzes zu realisieren.

Eine Entwicklungsfinanzierung durch Investitionen kann nur erfolgreich sein, wenn das gesamte Investitionsklima fördernd ist und legitime nationale Interessen geschützt werden.⁷³ Dafür braucht man starke internationale rechtliche Rahmenbedingungen durch ein ausgewogenes Investitionsschutzsystem, das auch gerechtfertigte nationale Entwicklungsziele schützt. Denn das Investitionsschutzsystem ist nur effizient und tragfähig, solange es sich auf den Konsens der beteiligten Staaten stützt. Es sollte sowohl lenkend als auch flexibel gestaltet sein, um soziale und wirtschaftliche Entwicklungen zu fördern und zuzulassen.⁷⁴ Dieses Ziel stellt sowohl aufgrund der wirtschaftlichen Asymmetrie von entwickelten Staaten und Ent-

hance corporate transparency and accountability of all companies, taking into account the fundamental principles of domestic law“.

⁶⁷ UN-Doha 2008, Rn. 2.

⁶⁸ UN-Monterrey 2002, Rn. 20.

⁶⁹ UN-Doha 2008, Rn. 8.

⁷⁰ *Shihata*, 6 ICSID Rev. FILJ (1991), S. 488.

⁷¹ *Peterson*, The Royal Institute of International Affairs-Briefing Paper No. 10 (2004), S.2.

⁷² *UNCTC*, S.60.

⁷³ *Norton*, in: Horn (Hrsg.), *Foreign Disputes*, S. 91.

⁷⁴ *UNCTAD* (2000), S.15.

wicklungsländern als auch wegen des Strebens von Investoren nach Stabilität und Vorhersehbarkeit eine spezielle Herausforderung dar.⁷⁵ Das ICSID sollte dem Appell der G8 Gipfelerklärung von Heiligendamm⁷⁶ nachkommen und sich der Herausforderung stellen, eine besondere Rolle bei der juristischen Umsetzung einer nachhaltigen Entwicklung einzunehmen.⁷⁷ Dies könnte dadurch erfolgen, dass die Entwicklungsdimension des Investitionsschutzes bei der Auslegung und Anwendung der ICSID Konvention berücksichtigt wird. Aus der Sicht des Völkerrechts erscheint dies ohnehin geboten.⁷⁸

Im Folgenden wird dargestellt, wie die Entwicklungsdimension des Investitionsschutzes bei der Auslegung der Zuständigkeitsvorschriften der ICSID Konvention berücksichtigt werden könnte. Es wird zunächst festgestellt, dass das Vorliegen einer Investition eine objektive Zuständigkeitsvoraussetzung der ICSID Schiedsgerichtsbarkeit ist. Ferner wird versucht, den Begriff einer Investition i.S.d. ICSID Konvention konventionsimmanent zu definieren. Nach der hier vertretenen Ansicht ist eine sich am *Telos* der Konvention orientierende Definition geboten, um die angestrebte Entwicklungsdimension der Konvention, wie in ihrer Präambel⁷⁹ und in dem Bericht ihrer Exekutivdirektoren⁸⁰ beschrieben, zu realisieren.⁸¹

⁷⁵ *Ibid.*, S.15.

⁷⁶ G8- Gipfelerklärung Heiligendamm 2007, S. 7ff.

⁷⁷ Für eine ähnliche Rolle der WTO Dispute Settlement Procedure: Lowe, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), Sustainable Development, S. 257.

⁷⁸ Ben Hamida, UNCTAD Expert Meeting 2007, S.3.

⁷⁹ Preamble of the ICSID Convention (1965): „*Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein*“.

⁸⁰ ICSID Report of the Executive Directors (1965), Rn. 12: Die Konvention entstand „*prompted by the desire to strengthen the partnership between countries in the cause of economic development*.“

⁸¹ Vgl. Teil II § 1 I. 1. a).

§ 7 Entwicklungsorientierte Auslegung einer Investition i.S.d. Art. 25 ICSID

I. Prüfung der ICSID Zuständigkeit

1. Zuständigkeitsvoraussetzungen der ICSID Schiedsgerichte

a) Einleitung

Art. 25 (1) ICSID¹ ist die zentrale Zuständigkeitsvorschrift der ICSID Schiedsgerichtsbarkeit. Sie lautet:

“The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.”

Art. 25 (1) listet die Anwendungsvoraussetzungen für das Schiedsverfahren und für das Verfahren der *Conciliation*² auf. Die Vorschrift beinhaltet Voraussetzungen hinsichtlich der Natur der Streitigkeit (*ratione materiae*) und der Parteien (*ratione personae*).³ Desweiteren regelt sie, dass die Parteien ihre Einwilligung zu einem Verfahren vor den ICSID Schiedsgerichten erteilen müssen.

Auch wenn das ICSID keine Zuständigkeit im Sinne einer Gerichtsbarkeit haben kann, da es sich nicht um ein Gericht, sondern lediglich um einen Verwaltungsapparat handelt, in dessen Rahmen ein Schiedsverfahren durchgeführt werden kann, wird in dem *Report of the Executive*

¹ Art. 25 (1) ICSID Convention (1965).

² Kapitel III der ICSID Convention (1965).

³ Schreuer, Commentary, Art. 25 Rn. 1.

*Directors on the ICSID Convention*⁴ und in der Literatur⁵ von der Zuständigkeit des ICSID gesprochen. Dies ist gerechtfertigt, da es vom Wesen her einer internationalen Gerichtsbarkeit entspricht.⁶

b) Zuständigkeit *ratione materiae*

Nach dieser Zuständigkeitsvoraussetzung soll die Streitigkeit unmittelbar einer Investition entspringen und rechtlicher Natur sein.⁷

aa) Legal Dispute

In den *Travaux Préparatoires* zu der Konvention wurde erwogen, eine Definition des Begriffes *legal dispute* zu formulieren. Hiervon wurde jedoch abgesehen⁸. Einhelligkeit besteht indes dahingehend, dass durch das Erfordernis eines *legal disputes* rein wirtschaftliche oder politische Interessenskonflikte von der Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte ausgeschlossen werden sollen. Im *Report of the Executive Directors on the ICSID Convention* wird der Sinn und Zweck dieser Voraussetzung wie folgt erläutert:

“The expression "legal dispute" has been used to make clear that while conflicts of rights are within the jurisdiction of the Centre, mere conflicts of interests are not. The dispute must concern the existence or scope of a legal right or obligation, or the nature or extent of the reparation to be made for breach of a legal obligation.”⁹

bb) Investitionsbegriff

Nach Art. 25 (1) ICSID muss eine Streitigkeit unmittelbar aus einer Investition entspringen. Die Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte hängt mithin vom Vorliegen einer Investition

⁴ ICSID Report of the Executive Directors (1965), Rn.22: “The term "jurisdiction of the Centre" is used in the Convention as a convenient expression to mean the limits within which the provisions of the Convention will apply and the facilities of the Centre will be available for conciliation and arbitration proceedings. The jurisdiction of the Centre is dealt with in Chapter II of the Convention (Articles 25-27).”

⁵ Broches, Selected Essays, S. 166.

⁶ Bliesener, *Revue de Droit international et de Droit compare* 65 (1991), S. 95.

⁷ *Ibid*, Art. 25 Rn. 3.

⁸ Amerasinghe, 19 *Indian Journal of International Law* (1979), S. 172.

⁹ ICSID Report of the Executive Directors (1965), Rn. 26.

ab. Schon während der Verhandlungen zur ICSID Konvention wurde hervorgehoben, dass der Begriff einer Investition von zentraler Bedeutung sei, um den Anwendungsbereich der Konvention einzuschränken¹⁰. Nichtsdestotrotz wurde der Begriff in der Konvention nicht definiert. Im *Report of the Executive Directors on the ICSID Convention* heißt es:

“No attempt was made to define the term "investment" given the essential requirement of consent by the parties, and the mechanism through which Contracting States can make known in advance, if they so desire, the classes of disputes which they would or would not consider submitting to the Centre (Article 25(4)).”¹¹

c) *Kompetenz ratione personae*

Gemäß Art. 25 ICSID können nur Unterzeichnerstaaten von Angehörigen eines anderen Unterzeichnerstaates verklagt werden. Art. 25 (2) ICSID definiert den Begriff eines Angehörigen eines anderen Unterzeichnerstaates.¹² Bei juristischen Personen ist die Bestimmung der Staatszugehörigkeit besonders schwierig: Die Schiedsgerichte knüpfen zur Bestimmung der Staatszugehörigkeit von juristischen Personen in der Regel an den Ort an, an dem sie inkorporiert sind.¹³ Gegen eine Anknüpfung an den Ort, von dem aus die effektive Kontrolle über die juristische Person ausgeübt wird, spricht ein *argumentum e contrario* aus Art. 25 (2) (b) Alt. 2 ICSID.¹⁴ Dort wird nämlich vorgesehen, dass eine juristische Person, die in einem Staat inkorporiert aber unter ausländischer Kontrolle ist, erst aufgrund einer Einigung zwischen den Parteien als Angehöriger eines ausländischen Mitgliedstaates i.S.d. Art. 25 ICSID gilt.

¹⁰ Delaume, *Revue de l'Arbitrage* (1983), S. 154.

¹¹ ICSID Report of the Executive Directors (1965), Rn. 27.

¹² “National of another Contracting State” means:

(a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and

(b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.

¹³ Schreuer, *Commentary*, Rn. 465 zu Art. 25; Griebel, *Investitionsrecht*, S. 132.

¹⁴ Schreuer, *Commentary*, Rn. 463 zu Art. 25.

d) Einwilligung

Früher musste die nach Art. 25 (1) ICSID erforderliche Einwilligung in das Verfahren explizit hinsichtlich einer bestimmten Streitigkeit erteilt werden. Das Schiedsgericht wertete jedoch in *SPP v. Egypt*¹⁵ eine allgemein gefasste Schiedsklausel im nationalen Investitionsrecht von Ägypten als eine vorgezogene Einwilligung. In *AAPL v. Sri Lanka*¹⁶ wurde diese Rechtsprechung dahingehend erweitert, dass auch eine Schiedsklausel in einem BIT eine Einwilligung darstellen kann. Seit diesen Entscheidungen werden Schiedsklauseln in dem einschlägigen Investitionsrecht¹⁷ (nationale Investitionsgesetze, bilaterale oder regionale Investitionsschutzabkommen) als vorgezogene Einwilligung des Staates in ein ICSID Schiedsverfahren ausgelegt; der Investor willigt meist konkludent durch Klageerhebung in das Verfahren ein.¹⁸ Solche Schiedsklauseln auch wenn sie weit gefasst und unklar formuliert sind,¹⁹ führen dazu, dass alle zukünftigen Investitionsstreitigkeiten vor ICSID Schiedsgerichten ausgetragen werden können.²⁰ Diese weite Auslegung des Einwilligungserfordernisses bedeutete eine Abkehr von der bisherigen Praxis und war für manche Staaten zumindest am Anfang überraschend.²¹ Sie hat zu einer starken Mehrung der Anzahl der ICSID Verfahren geführt und die Zuständigkeit internationaler Schiedsgerichte ausgeweitet.²² So wurden in den ersten 10 Jahren nach Gründung des ICSID nur 11 Fälle vor ICSID Schiedsgerichten ausgetragen, in den letzten 10 Jahren waren es 131.²³ Im Zeitraum 2000-2004 ergab sich in 81 Verfahren die Einwilligung aus einer Schiedsklausel im jeweiligen Investitionsrecht und nur in 8 Verfahren aus einer spezifischen Schiedsklausel in einem Vertrag mit dem Investor oder aus einer *ad-hoc* Einigung.²⁴ Das Schiedsverfahren ist ein parteiautonomes Verfahren, weil zwischen den Parteien eine Einigung besteht, Streitigkeiten vor einem Schiedsgericht beizulegen.²⁵ Aufgrund dieser extensiven Auslegung des Einwilligungserfordernisses wird nun die ICSID Schiedsgerichtsbarkeit als eine „*arbitration without privity*“²⁶ bezeichnet.

¹⁵ *S.S.P. v. Egypt*, ICSID Decision on Jurisdiction of November 27, 1985; *Ibid*, Award of the Tribunal of May 20, 1992, Rn. 15.

¹⁶ *AAPL v. Sri Lanka*, ICSID Award of June, 27, 1990.

¹⁷ *Salini v. Morocco*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 23, 2001, Rn. 27; *CSOB v. Slovak Republic*, ICSID Decision on Jurisdiction of May 24, 1999, Rn. 44.

¹⁸ *Schreuer*, Commentary, Rn. 91 zu Art. 25; *American Manufacturing v. Zaire*, ICSID Award of February 23, 1997, 5.23.

¹⁹ *Paulsson*, 10 ICSID Rev. FILJ (1995), S. 233.

²⁰ *Schreuer*, Commentary, Rn. 98 zu Art. 25; *Ibid*, Rn. 289 zu Art. 25

²¹ *Fadlallah*, in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi /Whitesell (Hrsg.), *Liber Amicorum Briner*, S. 259.

²² *Paulsson*, 10 ICSID Rev. FILJ (1995), S. 233.

²³ *Kahn*, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S.15.

²⁴ *Gaillard*, *Jurisprudence*, S. 1047-1064.

²⁵ *Paulsson*, 10 ICSID Rev. FILJ (1995), S. 232.

²⁶ *Ibid*, S. 232.

2. Prüfung von Amts wegen

Die Schiedsgerichte können ihre Zuständigkeit von Amts wegen prüfen, unabhängig von einer konkreten Rüge der Parteien. Dies ergibt sich bereits aus Art. 36 (3) ICSID, wonach der Generalsekretär des ICSID eine Schiedsklage nicht registrieren soll, wenn der Rechtsstreit offensichtlich nicht in die Zuständigkeit des ICSID fällt:

“The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.”

Nach Art. 41 (1) ICSID entscheidet das Gericht aus eigener Kompetenz über seine Zuständigkeit:

„The Tribunal shall be the judge of its own competence.”²⁷

In Regel 41 (2) der ICSID *Arbitration Rules* wird bestätigt, dass das Gericht aus eigener Kompetenz prüft, ob eine Streitigkeit zu seiner Zuständigkeit gehört:

„The Tribunal may on its own initiative consider, at any stage of the proceeding, whether the dispute or any ancillary claim before it is within the jurisdiction of the Centre and within its own competence.”²⁸

Eine Überprüfung der Zuständigkeitsvoraussetzungen kann somit unabhängig von einer konkreten Rüge der Parteien erfolgen. Das Schiedsgericht kann von Amts wegen überprüfen, ob eine Klage zu seiner Zuständigkeit gehört.²⁹ Allerdings prüfen die Gerichte, bis auf wenige

²⁷ Art. 41 (1) ICSID Convention (1965).

²⁸ Rule 41 (2) ICSID Arbitration Rules.

²⁹ *Lamm*, 5-6 ICSID Rev. FILJ (1990-1991), S. 483; *Kaiser Bauxite v. Jamaica*, ICSID Decision on Jurisdiction and Competence of July 6, 1975, Rn. 10.

Ausnahmen,³⁰ nicht das Vorliegen einer Investition, wenn dies zwischen den Parteien unstrittig ist.³¹

3. Keine Bindungswirkung früherer Entscheidungen

Frühere Entscheidungen entfalten in einem späteren ICSID Schiedsverfahren keine Bindungswirkung. Schiedsgerichte nehmen allenfalls Bezug auf frühere Entscheidungen zur Bekräftigung ihrer Argumentation. Deswegen besteht keine einheitliche Schiedspraxis und aus den Entscheidungen der ICSID Schiedsgerichte können lediglich Tendenzen aber keine allgemeingültige Kasuistik herauskristallisiert werden.

II. Investition als objektive Zuständigkeitsvoraussetzung der ICSID Schiedsgerichte

1. Einleitung

Die Definition einer Investition im Rahmen der Zuständigkeitsprüfung der ICSID Schiedsgerichte ist umstritten. Die verschiedenen Ansichten lassen sich im Wesentlichen in zwei Lager unterteilen: die subjektiven Ansichten, die von einer rein konsensualen Natur der ICSID Schiedsgerichtsbarkeit ausgehen, und die objektiven Ansichten, die einen konventionsimmanenten Investitionsbegriff als strenge Kompetenzvoraussetzung fordern. Innerhalb der objektiven Ansicht ist umstritten, welche Rolle die Investitionsdefinition in dem einschlägigen Investitionsrecht spielt und wie eine Investition im Rahmen des Art. 25 ICSID konventionsimmanent definiert wird (dazu III).

³⁰ *Kaiser Bauxite v. Jamaica*, ICSID Decision on Jurisdiction and Competence of July 6, 1975, Rn. 10.

³¹ *Schreuer*, Commentary, Rn. 89 zu Art. 25.

2. Subjektive Ansichten

a) *Streng subjektive Ansicht*

Nach einer streng subjektiven oder konsensualen Ansicht begründet die gem. Art. 25 (1) ICSID erforderliche Einwilligung der Parteien in das ICSID Verfahren bereits die Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte. Nach dieser Ansicht sind ICSID Schiedsgerichte zuständig, sobald die Parteien ausdrücklich oder konkludent im maßgeblichen Investitionsrecht zum Ausdruck bringen, dass der Streit zur Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte gehört.¹ Bereits das Vorliegen einer Schiedsklausel begründe die Zuständigkeit *ratione materiae* der Schiedsgerichte unabhängig davon, ob die streitgegenständliche Aktivität eine Investition darstellt.² Sogar über das Erfordernis der Nationalität könnten die Parteien disponieren.³

Diese streng subjektive Herangehensweise wurde von manchen Staaten in den Verhandlungen zur Washingtoner Konvention vertreten.⁴ Mit dem Vordringen der mittelbaren subjektiven Ansicht hat sie stark an Bedeutung verloren. In der Literatur finden sich nur wenige Vertreter dieser Ansicht⁵ und es gibt, soweit ersichtlich, kein Schiedsgericht, das die streng subjektive Ansicht vertritt.

b) *Mittelbar subjektive Ansicht: Investitionsschutzrechtbezogene Definition*

Nach einer mittelbar subjektiven Ansicht sind das Vorliegen einer Investition und das Erfordernis einer Einwilligung zwei unterschiedliche Zuständigkeitsvoraussetzungen: Es wird daher das objektive Vorliegen einer Investition als Zuständigkeitsvoraussetzung verlangt. Allerdings ergebe sich der objektive Gehalt einer Investition nicht unmittelbar aus der ICSID Konvention. Vielmehr stehe es im Belieben der Parteien, im maßgeblichen Investitionsrecht eine Investition zu definieren. Das Schiedsgericht habe lediglich zu prüfen, ob eine Einwilligung und eine Investition im Sinne des maßgeblichen Investitionsrechtes vorliegen. Nach dieser Ansicht hat die Prüfung der Zuständigkeitsvoraussetzung „Investition“ neben dem Vorliegen

¹ Ben Hamida, UNCTAD Expert Meeting 2007, S. 13.

² Golsong, 18 Intl Lawyer (1984), S. 634.

³ *S.O.A.B.I. v. Senegal*, ICSID Decision on Jurisdiction of August 1, 1985 and Award of February 25, 1988, Rn. 43.

⁴ ICSID (1968), History, Vol. III, S. 469ff.

⁵ Broches, Selected Essays, S. 168.

einer Einwilligung, die in einem Investitionsrecht vorgezogen erteilt wurde, keine eigenständige Bedeutung: Eine Einwilligung gilt nämlich nur dann als in einem Investitionsrecht vorgezogen erteilt, wenn die streitgegenständliche Aktivität in den Anwendungsbereich des maßgeblichen Investitionsrechtes fällt, d.h. wenn sie eine Investition in dessen Sinne darstellt. Die Zuständigkeitsvoraussetzung einer Investition spielt darüber hinaus keine Rolle, da es nach der mittelbar subjektiven Ansicht ausreicht, dass nach dem Investitionsrecht, aus dem sich die Einwilligung ergibt, eine Investition vorliegt. Im Ergebnis wird also im Rahmen der Kompetenz *ratione materiae* lediglich das Vorliegen einer Investition i.S.d. des streitgegenständlichen Investitionsrechtes geprüft.⁶ Dies erklärt auch den Ursprung der Bezeichnung „mittelbar subjektive Ansicht“: Die Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte wird zwar an objektive Voraussetzungen geknüpft, die Definition dieser Voraussetzungen steht jedoch zur Disposition der Parteien.

Viele Gerichte folgen der mittelbar subjektiven Ansicht, ohne immer die einzelnen Zuständigkeitsvoraussetzungen auseinander zu halten: In *SGS v. Pakistan*⁷ und *SGS v. Philippines*⁸ ging es um Klagen wegen Pflichtverletzungen aus Aufsichts- und Kontrollverträgen, die der Kläger SGS, eine schweizerische Firma, jeweils mit Pakistan und den Philippinen geschlossen hatte. Als SGS das vertraglich vereinbarte Entgelt für die erbrachte Leistung nicht bekam, klagte sie vor den ICSID Schiedsgerichten und stützte ihre Klage auf die BITs, die die Schweiz jeweils mit Pakistan und den Philippinen geschlossen hatte. In beiden Fällen bejahte das Schiedsgericht das Vorliegen einer Investition und nahm seine Zuständigkeit an.⁹ Allerdings beschränkte sich das Gericht in *SGS v. Philippines* auf die Prüfung, ob eine Investition im Sinne des einschlägigen BITs vorlag. Es ging nicht der Frage nach, ob auch eine Investition im Sinne von Art. 25 ICSID vorlag.¹⁰ Im Fall *SGS v. Pakistan* ging das Gericht davon aus, dass die Parteien den Begriff einer Investition im Sinne von Art. 25 ICSID konkretisieren müssen und dass die Definition in dem einschlägigen BIT eine solche Konkretisierung darstellen kann. In der Entscheidung heißt es:

„The ICSID Convention does not delimit the term „investment“, leaving to the Contracting Parties a large measure of freedom to define that term as their specific objectives and circumstances may lead them to do so. In this case, the BIT between the

⁶ Daigremont, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S.473.

⁷ *SGS v. Pakistan*, ICSID Decision on Jurisdiction of August 06, 2003.

⁸ *SGS v. Philippines*, ICSID Decision on Jurisdiction of January 29, 2004.

⁹ *SGS v. Pakistan*, ICSID Decision on Jurisdiction of August 06, 2003, Rn. 190; *SGS v. Philippines*, ICSID Decision on Jurisdiction, January 29, 2004, Rn. 177.

¹⁰ *SGS v. Philippines*, ICSID Decision on Jurisdiction of January 29, 2004, Rn. 109 u. 169.

Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan does contain a definition of “investment”.¹¹

Im Ergebnis differenziert das Gericht nicht zwischen dem Vorliegen einer Investition nach dem BIT und dem Vorliegen einer Investition nach Art. 25 ICSID, sondern vermischt diese beiden Voraussetzungen.¹² Ein ähnlicher Ansatz findet sich in der Entscheidung *Fraport AG v. Philippines*: Hier wurde entschieden, dass die Parteien die Möglichkeit hätten, den Begriff Investition i.S.d. Art. 25 ICSID durch das einschlägige BIT zu konkretisieren, da die BITs *leges speciales* zu Art. 25 ICSID seien.¹³ Ebenso prüften die Schiedsgerichte in den Fällen *Lanco International v. Argentina*¹⁴, *Parkerings-Compagniet v. Lithuania*¹⁵, *Generation Ukraine v. Ukraine*¹⁶, *Azurix v. Argentina*¹⁷ im Rahmen ihrer Zuständigkeit *ratione materiae* lediglich das Vorliegen einer Investition nach dem maßgeblichen Investitionsrecht, ohne der Frage nachzugehen, ob Art. 25 ICSID einen konventionsimmanenten Investitionsbegriff verlangt.¹⁸

3. Objektive Ansicht

a) Grundsatz

Nach dieser Ansicht muss zwischen subjektiven und objektiven Voraussetzungen unterschieden werden: Neben dem subjektiven Erfordernis einer Einwilligung durch die Parteien müssen objektive Kriterien für das Vorliegen einer Investition erfüllt sein. Diese objektiven Kriterien könnten aus Art. 25 ICSID hergeleitet werden. In den ersten Jahren nach Inkrafttreten der Konvention wurde daher in der Literatur ausdrücklich von den subjektiven und von den objektiven Zuständigkeitsvoraussetzungen gesprochen.¹⁹ Bereits 1975 wurde in der Entschei-

¹¹ *SGS v. Pakistan*, ICSID Decision on Jurisdiction, August 06, 2003, Rn. 133.

¹² *Yala*, Journal of International Arbitration 22 (2005), S. 116.

¹³ *Fraport v. Philippines*, ICSID Award of August 16, 2007, Rn. 305.

¹⁴ *Lanco v. Argentina*, ICSID Decision on Jurisdiction of December 8, 1998, Rn. 48.

¹⁵ *Parkerings v. Lithuania*, ICSID Award of September 11, 2007, Rn. 250.

¹⁶ *Generation Ukraine v. Ukraine*, ICSID Award of September 16, 2003, Par. 8.2.

¹⁷ *Azurix v. Argentina*, ICSID Decision on Jurisdiction of December 08, 2003, Rn. 59ff.

¹⁸ *Parkerings v. Lithuania*, ICSID Award of September 11, 2007, Rn. 250; *American Manufacturing & Trading, v. Zaire*, ICSID Award of February 23, 1997, 5.01ff.

¹⁹ Vgl. z. B.: *Bliesener*, Revue de Droit international et de Droit compare 65 (1991), S. 97.

dung *Alcoa v. Jamaica*²⁰ festgestellt, dass der Schluss von der Einwilligung auf das Vorliegen einer Investition nicht zulässig sei.²¹ Ein ähnlicher Ansatz findet sich in der Entscheidung *Joy Mining v. Ägypten*²²: Zwar sei die Einwilligung der Parteien bei der Prüfung des Vorliegens einer Investition zu berücksichtigen,²³ jedoch werde die Gestaltungsfreiheit der Parteien durch den objektiven Kerngehalt von Art. 25 ICSID begrenzt.²⁴ In *Salini v. Marocco*²⁵ führte das Schiedsgericht einen doppelten Test (*Salini-Test*) hinsichtlich seiner Zuständigkeit durch.²⁶ Die streitgegenständliche Aktivität müsse eine Investition nach der Definition im maßgeblichen BIT und nach einem objektiven Begriff i.S.d. Art. 25 ICSID darstellen:

"The tribunal therefore is of the opinion that its jurisdiction depends upon the existence of an investment within the meaning of the Bilateral Treaty as well as that of the Convention, in accordance with the case law."²⁷

Nach diesem doppelten *Salini-Test* müssen die ICSID Schiedsgerichte demnach prüfen, ob eine Investition sowohl nach dem maßgeblichen Investitionsrecht als auch nach einer konventionsimmanenten Investitionsdefinition vorliegt. In *CSOB v. Slowakei*²⁸ wurde klargestellt, dass die Gerichte das Vorliegen einer Investition im Rahmen der Zuständigkeit *ratione materiae* nach einer konventionsimmanenten Definition und im Rahmen der Einwilligung nach dem maßgeblichen Investitionsrecht prüfen müssen. Erst dann erfasse die in dem BIT enthaltene vorgezogene Einwilligung die streitgegenständliche Aktivität.²⁹

b) Abweichungen

Manche Gerichte gehen grundsätzlich von einer objektiven Definition einer Investition aus, relativieren jedoch diesen objektiven Kerngehalt, indem sie der Investitionsdefinition nach

²⁰ *Alcoa v. Jamaica*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 6, 1975, S. 206ff.

²¹ *Ibid*, S. 207.

²² *Joy Mining v. Egypt*, ICSID Award on Jurisdiction of August 6, 2004.

²³ *Ibid*, Rn. 42.

²⁴ *Ibid*, Rn. 49.

²⁵ *Salini v. Marocco*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 23, 2001.

²⁶ Vgl. unten C II 2.

²⁷ *Salini v. Marocco*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 23, 2001, Rn. 44.

²⁸ *CSOB v. Slovak Republic*, ICSID Decision on Jurisdiction, May 24, 1999.

²⁹ *Ibid*, Rn. 68.

dem einschlägigen Investitionsrecht großes Gewicht beimessen: In *Kaiser Bauxite v. Jamaica* meinte das Schiedsgericht, dass der Einwilligung der Parteien im Rahmen der Zuständigkeit große Bedeutung zukomme und daher die objektiven Voraussetzungen einer Investition bei Vorliegen einer Einwilligung nur knapp zu prüfen seien.³⁰ Auch für das Schiedsgericht in *Alcoa v. Jamaica* stellt die Einwilligung einen gewichtigen Faktor bei der Beurteilung, ob eine Investition vorliegt, dar.³¹ Nach der Entscheidung *CSOB v. Slovakia*³² ist die Einwilligung ein starkes Indiz für das Vorliegen einer Investition i.S.d. Art. 25 ICSID. Dieses Indiz könne jedoch durch den Nachweis widerlegt werden, dass keine Investition nach einer objektiven Definition vorliege.

Nach einer weiteren Ansicht³³ sollen die Zuständigkeitsnormen der Konvention bei Vorliegen einer Einwilligung extensiv *in favorem jurisdictionis* ausgelegt werden. Die Einwilligung sollte *prima facie* eine Zuständigkeit begründen, sofern dies nicht mit dem Wortlaut der Konvention unvereinbar sei. Die Zuständigkeitsnormen bildeten lediglich die äußeren Grenzen für die Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte, so dass hinreichend Raum bestehe, um die Einwilligung zu berücksichtigen. So äußerte der *Chairman of the Regional Consultative Meetings of Legal Settlement of Investment Disputes* während der Vorbereitungsarbeiten zur Konvention hinsichtlich der Kompetenz *ratione materiae*:

“The purpose of Section 1 is not to define the circumstances in which recourse to the facilities of the Center would in fact occur, but rather to indicate the outer limits within which the Center would have jurisdiction provided the parties’ consent had been attained. Beyond these outer limits no use could be made of the facilities of the Center even with such consent.”³⁴

Auch nach diesen Ansichten besitzt der Investitionsbegriff in Art. 25 ICSID, unabhängig davon, ob das Vorliegen einer Investition vermutet wird oder die Zuständigkeitsnormen der Konvention lediglich als äußere Grenze fungieren, stets einen objektiven Kerngehalt. Das Vorliegen einer Einwilligung stellt dabei nur eine Beweiserleichterung bzw. eine widerlegbare Vermutung dar, dass eine Investition nach einer objektiven Definition vorliegt.

³⁰ *Kaiser Bauxite v. Jamaica*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 6, 1975, Rn. 17.

³¹ *Ibid.*, S. 207.

³² *CSOB v. Slovak Republic*, ICSID Decision on Jurisdiction, May 24, 1999, Rn. 65 u. 66.

³³ *Amerasinghe*, International Tribunals, S. 628.

³⁴ ICSID History of the Convention (1968), Vol. II/1.

4. Bewertung der unterschiedlichen Ansichten

Auch wenn es sich bei der Auslegung des Begriffs „Investition“ um ein zentrales Merkmal für die Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte handelt, sind die Meinungen zwischen „Objektivisten“ und „Subjektivisten“ mithin umstritten. Dies gilt selbst für Entscheidungen des *Ad hoc*-Komitees im Aufhebungsverfahren: Im Aufhebungsverfahren in *Mitchell v. Congo*³⁵ wurde die Entscheidung der ersten Instanz, die von einem mittelbar subjektiven Investitionsbegriff ausgegangen war, aufgehoben, weil das Gericht durch eine solche Herangehensweise seine Befugnisse offensichtlich überschritten habe.³⁶ Eine entgegengesetzte Entscheidung wurde vom *Ad hoc*-Komitee in *MHS v. Malaysia* getroffen. Hier hatte das Schiedsgericht seine Zuständigkeit abgelehnt, weil eine Investition nach einer konventionsimmanenten Definition nicht vorlag.³⁷ Diese Entscheidung wurde im Aufhebungsverfahren aufgehoben, weil das Gericht, nach der objektiven Ansicht folgerichtig, das Vorliegen einer Investition nach dem einschlägigen BIT nicht geprüft hatte.³⁸ Nach dessen weit gefasster Investitionsdefinition stellte die Aktivität des Klägers unstreitig eine Investition dar.³⁹

Im Folgenden wird untersucht, welche der beiden Ansichten vorzuzugswürdig ist. Die Bewertung erfolgt anhand folgender Kriterien: Rechtssicherheit, *Telos* der BITs und der ICSID Konvention, Parteiwille, rechtspolitische Erwägungen, Entstehungsgeschichte, Wortlaut der Konvention und der *Rules of Arbitration*.

a) Rechtssicherheit

In der Entscheidung *Bywater v. Tanzania*⁴⁰ ging das Schiedsgericht davon aus, dass sich infolge der weltweiten Praxis des Investitionsschutzes, die insbesondere in den zahlreichen BITs zum Ausdruck komme, eine international konsentrierte Definition des Begriffes „Investition“ herausgebildet habe. Durch vergleichbare Investitionsdefinitionen in den unterschiedlichen BITs hätten sich allgemeingültige Merkmale einer Investition herauskristallisiert, die

³⁵ *Patrick Mitchell v. Congo*, ICSID Decision of November 1, 2006.

³⁶ *Ibid*, Rn. 27; Zu dem Umfang der Annulment dieser Decision, vgl.: *Ben Hamida*, 24 (3) *Journal of International Arbitration* 2007, S. 287-306.

³⁷ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, ICSID Decision on Jurisdiction of May 17, 2007.

³⁸ *Ibid*, Decision on the Application for Annulment of February 28, 2009, Rn. 148.

³⁹ *Peterson*, IA Reporter of April 20, 2009 (Special Edition), S. 4.

⁴⁰ *Biwater v. Tanzania*, ICSID Award and Concurring & Dissenting Opinion, of July 18, 2008.

nicht durch eine restriktive konventionsimmanente Definition wieder eingeschränkt werden dürften.⁴¹

Diese Entscheidung überzeugt nicht. In der BIT-Praxis besteht in vielerlei Hinsicht keine Übereinstimmung.⁴² Gegen das Bestehen eines allgemein konsentierten Investitionsbegriffes spricht ferner, dass auf multilateraler Ebene (z.B. bei den Verhandlungen der ICSID Konvention und der MAI)⁴³ keine Einigung über einen Investitionsbegriff erzielt werden konnte. Auch wenn dies der Fall wäre, würde es trotzdem nicht die obige Schlussfolgerung rechtfertigen. Zwar werden die Model-BITs der verhandlungsstärkeren, investitionsexportierenden Länder oft mit geringfügigen Abweichungen übernommen,⁴⁴ was zu einer internationalen Standardisierung der BIT-Klauseln führt. Diese Standardisierung bedeutet jedoch nicht, dass sich alle beteiligten Länder über einen Investitionsbegriff geeinigt hätten. Sie bedeutet lediglich, dass ein Land durch das Eingehen eines BITs seine wirtschaftlichen Beziehungen mit einem anderen Land verstärken will. Die konkrete Ausgestaltung der BIT-Klauseln beruht mehr auf außenwirtschaftspolitischen als auf rechtspolitischen Erwägungen.

Im Ergebnis sind die verschiedenen Investitionsrechte keine große Hilfe, um den Begriff „Investition“ allgemeingültig zu definieren. Die Klauseln enthalten in der Regel eine nicht abschließende Aufzählung von Investitionsbeispielen,⁴⁵ deren Tatbestand sich oft als relativ unpräzise und weit gefasst erweist.⁴⁶ Infolgedessen setzen sich die Schiedsgerichte in der Regel nur kurz mit der Frage auseinander, ob eine Investition nach dem einschlägigen Investitionsrecht vorliegt, und bejahen dies ohne fundierte Begründung.⁴⁷ Die Investitionsdefinition nach den subjektiven Ansichten ändert sich von Verfahren zu Verfahren, je nachdem, welches Investitionsrecht maßgeblich ist. Manchmal sind durch die Anwendung der MFN-Klauseln mehrere Investitionsrechte einschlägig, so dass mehrere Investitionsdefinitionen in Betracht kommen.⁴⁸ Solche wandelbaren Investitionsdefinitionen, die sich aus weit gefassten und unbestimmten Klauseln in den Investitionsrechte ergeben, sind sowohl für die Investoren als auch für die Staaten aus Gründen der Rechtssicherheit unbefriedigend.

⁴¹ *Ibid*, Rn. 314.

⁴² *Ranjan*, 26 (2) *Journal of International Arbitration* 2009, S. 217: str. z.B. ob nur Direktinvestitionen oder auch Portfolio-Investitionen.

⁴³ OCDE (1998), *Multilateral Agreement on Investment*

⁴⁴ Vgl. Teil II, § 5 II.

⁴⁵ *Fadlallah*, in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi /Whitesell (Hrsg.), *Liber Amicorum Briner*, S. 260.

⁴⁶ *Ibid*, S. 261.

⁴⁷ *American Manufacturing & Trading v. Zaire*, ICSID Award of February 23, 1997, 5.12ff.; *Salini v. Morocco*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 23, 2001, Rn. 43-49.

⁴⁸ Vgl. Teil II § 5 IV 1 a) aa).

b) Telos der BITs

Gegen die objektive Ansicht wird eingewandt, dass die Schiedsklauseln in den BITs weitgehend leer liefen, wenn nicht die Parteien der BITs, sondern die ICSID Konvention bestimmen würde, welche Investitionen ICSID Schutz beanspruchen können. Um dies zu verhindern, müsse eine Investition nach der Definition des einschlägigen Investitionsrechtes auch im Rahmen von Art. 25 ICSID als Investition gelten.⁴⁹

Dieser Einwand vermag indes nicht zu überzeugen: Die ICSID Schiedsgerichte sind nämlich auch nach der objektiven Ansicht weiterhin an die Investitionsdefinition im Investitionsrecht gebunden. Im Rahmen des Prüfungspunktes „Einwilligung“ haben sie zu beurteilen, ob die Aktivität des Klägers nach der Definition des maßgeblichen Investitionsrechtes eine Investition darstellt. Nach der Konstruktion der vorgelagerten Einwilligung stellt eine Schiedsklausel im Investitionsrecht nur dann eine Einwilligung des Staates dar, wenn der Schutzbereich des maßgeblichen Investitionsrechtes eröffnet ist, d.h. wenn nach dessen Definition eine Investition vorliegt. Auch für die Bestimmung des materiell-rechtlichen Investitionsschutzes spielt die Investitionsdefinition des Investitionsrechtes eine Rolle, denn nur wenn die Aktivität des Klägers eine Investition nach der Definition des Investitionsrechtes darstellt, kann er eine Verletzung dessen materiell-rechtlicher Klauseln geltend machen.

c) Parteiwille

Im Folgenden soll untersucht werden, inwieweit die verschiedenen Ansichten den Willen der Parteien respektieren. Hierbei ist zu unterscheiden zwischen dem Willen der Parteien der ICSID Konvention, dem Willen der Parteien eines Investitionsrechtes - hierzu zählen z.B. die Parteien eines BITs - sowie dem Willen der Parteien im ICSID Verfahren. Vorliegend wird vor allem der Wille eines Staates untersucht, sich durch seinen Beitritt zur ICSID Konvention und durch das Eingehen von BITs dem Investitionsschutzsystem zu unterwerfen. Der Wille des Investors wird durch seine Einwilligung bereits hinreichend berücksichtigt.

Manche Schiedsgerichte rechtfertigen die mittelbar subjektive Ansicht mit der Parteiautonomie: Die Parteien besäßen ein weites Ermessen, um zu bestimmen, welche Streitigkeiten von den ICSID Schiedsgerichten entschieden werden sollten.⁵⁰ So legte das *Ad hoc*-Komitee in

⁴⁹ *MHS v. Malaysia*, ICSID Decision on Annulment of February 28, 2009, Rn. 62.

⁵⁰ *Tokios Tokelès v Ukraine*, ICSID Decision on Jurisdiction and Dissent of April 29, 2004, Rn. 73.

*MHS v. Malaysia*⁵¹ seiner Entscheidung die Investitionsdefinition des einschlägigen BITs zugrunde. Zur Begründung führte es aus, der Parteiwille sei maßgeblich für die Begründung der ICSID Zuständigkeit.⁵² Von dieser Bestimmungsmöglichkeit könnten die Parteien anhand der von ihnen gewählten Definition im Investitionsrecht Gebrauch machen.⁵³ Der Staat sollte durch die Ausgestaltung seines Investitionsrechtes bestimmen können, welche Investitionen durch die ICSID Schiedsgerichte geschützt werden.⁵⁴ Eine objektive Definition widerspräche diesem Willen,⁵⁵ obwohl die Parteien am besten beurteilen können, ob ihre wirtschaftliche Beziehung eine Investition darstelle. Wenn beide Parteien ihre Einwilligung zum ICSID Schiedsverfahren erteilen, sei daher davon auszugehen, dass eine Investition tatsächlich vorliegt.⁵⁶

Dass die Einwilligung, als Ausdruck des Parteiwillens, bestimme, wann eine Investition i.S.d. Art. 25 (1) ICSID vorliegt, vermag indes nicht zu überzeugen. Diese Ansicht wurde zu einem Zeitpunkt begründet, als die Einwilligung nach Art. 25 (1) ICSID eng ausgelegt wurde und die Beteiligten für eine bestimmte Streitigkeit spezifisch ihre Einwilligung zum ICSID Verfahren erteilen mussten. In solchen Fällen erscheint es zumindest naheliegend, eine Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte ohne Prüfung der objektiven Zuständigkeitsvoraussetzungen zu bejahen, da beide Parteien offensichtlich davon ausgehen, dass die streitgegenständliche Aktivität in die Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte fällt.⁵⁷ In *CSOB v. Slovakia*⁵⁸ meinte das Gericht etwa, eine Einwilligung sei ein starkes Indiz für das Vorliegen einer Investition i.S.d. Art. 25 ICSID, wenn sie nicht vorgezogen, sondern spezifisch bezogen auf die streitgegenständliche Aktivität erteilt wurde.⁵⁹ Seit den Entscheidungen in *SPP v. Egypt*⁶⁰ und *AAPL v. Sri Lanka*⁶¹ kann die Einwilligung der Staaten jedoch abstrakt-generell in der Schiedsklausel des maßgeblichen Investitionsrechts erteilt werden.⁶² Eine Einwilligung in einem Investitionsrecht wird nicht hinsichtlich eines konkreten Streites für eine spezifische Aktivität erteilt, sondern bezieht sich allgemein auf alle Fälle, die in den Anwendungsbereich

⁵¹ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, ICSID Annulment Decision of February 28, 2009.

⁵² *Peterson*, IA Reporter of April 20, 2009 (Special Edition), S. 5.

⁵³ *Tokios Tokelés v Ukraine*, ICSID Decision on Jurisdiction and Dissent of April 29, 2004, Rn. 73.

⁵⁴ *Andreeva*, 25(4) Journal of International Arbitration 2008, S. 506.

⁵⁵ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, ICSID Annulment Decision of February 28, 2009, Rn. 62.

⁵⁶ *Schmidt*, 17 Harvard International Law Journal (1976), S. 100.

⁵⁷ *Rubins*, in: Horn (Hrsg.), Foreign Disputes, S. 291.

⁵⁸ *CSOB v. Slovak Republic*, ICSID Decision on Jurisdiction of May 24, 1999, Rn. 65ff.

⁵⁹ In diesem Fall wurde in einem Vertrag zwischen dem beklagten Staat und dem Investoren auf einen BIT, der eine ICSID Schiedsklausel beinhaltet, bezug genommen.

⁶⁰ *SSP v. Egypt*, ICSID Decision on Jurisdiction of November 27, 1985; *Ibid*, Award of May 20, 1992.

⁶¹ *A.A.P.L. v. Sri Lanka*, ICSID Award of the Tribunal of June 27, 1990.

⁶² Vgl. § 7 I 1 d).

des zugrundeliegenden Investitionsrechtes fallen.⁶³ Mangels spezifischen Bezugsobjektes bringt die vorgezogene Einwilligung des beklagten Staates nicht zum Ausdruck, dass im konkreten Fall eine Investition i.S.d. Art. 25 (1) ICSID vorliegt.⁶⁴ Sogar aus einer konkreten Einwilligung eines Staates kann nicht zwangsläufig auf seinen dahingehenden Willen geschlossen werden, da nicht immer gewährleistet ist, dass sie frei erteilt wurde: Wirtschaftlich starke private Investoren können aus einer überlegenen Verhandlungspositionen heraus kleine Staaten dazu nötigen, ihre Einwilligung zu erteilen.⁶⁵ Bereits die Weigerung, in ein Verfahren unter der Schirmherrschaft der Weltbank einzuwilligen, kann für den Ruf eines Staates in der Weltgemeinschaft und bei der Darlehensvergabe durch den Internationalen Währungsfonds schädlich sein, unabhängig davon, wie gerechtfertigt diese Weigerung ist. Ferner entspricht die Investitionsdefinition im Investitionsrecht nicht immer dem Willen der Parteien, da sich wirtschaftlich unterlegene Staaten oft aufgrund eines Ungleichgewichtes der Verhandlungspositionen auf sehr weite Investitionsdefinitionen und damit einen weiten Anwendungsbereich von BITs einlassen.⁶⁶ Wenn man davon ausgeht, das ICSID Verfahren sei rein konsensual, dürfte die Zuständigkeit der Schiedsgerichte nie strittig sein. Die vielen ICSID Schiedsverfahren, die sich mit Zuständigkeitsfragen beschäftigen, zeigen, dass das Verfahren, aufgrund der Konstruktion der vorgezogenen Einwilligung, keineswegs konsensual ist, da kein spezifisches Willenselement seitens des Staates gegeben ist. In manchen Fällen verstößt die subjektive Ansicht sogar gegen den Parteiwillen: In *SSP v. Egypt*⁶⁷ machte Ägypten geltend, dass sein nationales Investitionsrecht keine Einwilligung in das ICSID Schiedsverfahren darstelle. Eine Klausel im ägyptischen Investitionsrecht besagte zwar, dass Investitionsstreitigkeiten, die sich aus der Anwendung des nationalen Investitionsrechtes ergeben, von den ICSID Schiedsgerichten entschieden werden sollen. Dies allerdings nur „*within the framework of the Convention (...) where it applies*“.⁶⁸ Hieraus folgte die Beklagte, eine Zuständigkeit nach Art. 25 ICSID sei nur dann gegeben, wenn auch all dessen objektive Voraussetzungen erfüllt sind, namentlich die Erteilung einer Einwilligung und das Vorliegen einer Investition. Die Argumentation Ägyptens ist zirkulär, was das Erfordernis einer Einwilligung anbelangt, und wurde zu Recht vom Schiedsgericht abgelehnt.⁶⁹ Hingegen erscheint seine Argumentation hinsichtlich des Vorliegens einer Investition überzeugend: Wenn eine Schiedsklausel statuiert, Streitigkeiten seien vor ICSID Schiedsgerichten beizulegen, soweit

⁶³ Rubins, in: Horn (Hrsg.), *Foreign Disputes*, S. 291.

⁶⁴ Schreuer, *Commentary*, Rn. 98 zu Art. 25.

⁶⁵ Lamm, 5-6 ICSID Rev. FILJ (1990-1991), S. 474.

⁶⁶ Vgl. Teil II. § 5 II.

⁶⁷ *SSP v. Egypt*, ICSID Award of May 20, 1992.

⁶⁸ Zitiert nach: Paulsson, 10 ICSID Rev. FILJ (1995), S. 235.

⁶⁹ *SSP v. Egypt*, ICSID Award of May 20, 1992, Rn. 15.

sie in den Anwendungsbereich der Konvention fallen, kann dies aus Sicht der Parteien nur bedeuten, dass der Investitionsbegriff i.S.d. Art. 25 ICSID konventionsautonom bestimmt werden muss. Gegen einen dahingehenden Willen der Parteien hat das Schiedsgericht durch die Anwendung der subjektiven Ansicht verstoßen.

Im Ergebnis ist der Schluss von der Einwilligung auf das Bestehen der Zuständigkeitsvoraussetzung „Investition“ im Hinblick auf den Parteiwillen weder geboten noch gerechtfertigt.

d) Rechtspolitische Erwägungen

Die Vertreter der subjektiven Ansicht weisen darauf hin, dass sich im transnationalen Recht bei der Interpretation von Jurisdiktionsklauseln in internationalen Abkommen eine sehr liberale, zuständigkeitsfreundliche Herangehensweise etabliert habe.⁷⁰ Aus einem *effet utile* Gedanken heraus und um zu verhindern, dass schutzbedürftige Investoren schutzlos bleiben, solle möglichst eine Zuständigkeit begründet werden.

Dies überzeugt nicht. Auch unter dem Gesichtspunkt des effektiven Rechtsschutzes ist die von Vertretern der subjektiven Ansicht propagierte weite Auslegung von Zuständigkeitsklauseln nicht geboten. So gibt es seit dem Jahre 1978 die Möglichkeit, gem. Art. 2 (b) ICSID *additional facility Rules*⁷¹ ein Verfahren vor den ICSID Schiedsgerichten für Streitigkeiten einzuleiten, die nicht einer Investition i.S.d. Art. 25 ICSID entspringen. Diese zusätzliche Rechtsschutzmöglichkeit wird durch eine restriktive Auslegung des Investitionsbegriffes im Rahmen von Art. 25 ICSID nicht eingeschränkt. Selbst wenn eine zuständigkeitsfreundliche Interpretation der Konvention aus rechtspolitischen Gründen angebracht wäre, sollte diese Interpretation jedenfalls nicht in Widerspruch zum Telos der Konvention treten.⁷² Die Interpretation einer Schiedsklausel hat dem gemeinsamen Willen der Verfasser der Konvention zum Ausdruck zu verhelfen.⁷³ Eine zu weite Auslegung entspricht jedoch weder dem Willen der Verfasser der Konvention noch deren *Telos*.⁷⁴ Hinzu kommt, dass mit der Annahme einer schiedsgerichtlichen Zuständigkeit eine Einschränkung des Entscheidungsspielraums staatli-

⁷⁰ Amerasinghe, 19 Indian Journal of International Law (1979), S. 168.

⁷¹ “The Secretariat of the Centre is hereby authorized to administer, subject to and in accordance with these Rules, proceedings between a State (or a constituent subdivision or agency of a State) and a national of another State, falling within the following categories: (...)

(b) conciliation and arbitration proceedings for the settlement of legal disputes which are not within the jurisdiction of the Centre because they do not arise directly out of an investment, provided that either the State party to the dispute or the State whose national is a party to the dispute is a Contracting State;”.

⁷² *Ibid*, S. 168.

⁷³ *Amco v. Indonesia*, ICSID Decision on Jurisdiction of September 25, 1983, Rn. 14.

⁷⁴ Vgl. IV 6, 7 u. 8.

cher Gerichte einhergeht. Angesichts dieser Souveränitätseinschränkung empfiehlt sich eine restriktive Auslegung von Schiedsklauseln.⁷⁵ Ferner besteht bei einer extensiven Auslegung der ICSID Zuständigkeit die Gefahr eines Missbrauches des ICSID Schutzes, z.B. durch *Treaty Shopping*.⁷⁶ Dass die Einwilligung abstrakt für eine Vielzahl von zukünftigen Fällen erteilt wird, vergrößert die Möglichkeit eines derartigen Missbrauchs. Um diese Missbrauchsmöglichkeiten einzuschränken, sind objektive Zuständigkeitsvoraussetzungen geboten.⁷⁷ Das Erfordernis einer Investition als objektive Zuständigkeitsvoraussetzung schränkt die Reichweite des *Treaty Shopping* ein, da der Kläger nicht nur die Voraussetzung des für ihn günstigen BITs, sondern auch die objektive Tatbestandsvoraussetzung einer Investition im Sinne von Art. 25 ICSID erfüllen muss. Zu berücksichtigen ist schließlich, dass manche BITs eine Klausel beinhalten, wonach nur solche Tätigkeiten, die mit dem nationalen Recht übereinstimmen, ihrem Schutzbereich unterfallen. Führt man die subjektive Ansicht konsequent weiter, könnte das nationale Recht den Gehalt der Investition i.S.d. Art. 25 ICSID bestimmen.⁷⁸ In dieser Stoßrichtung hatte etwa Marokko in dem Fall *Consortium R.F.C.C. v. Morocco* argumentiert.⁷⁹ Dass dies kaum überzeugt, beweist folgendes *argumentum ad absurdum*: eine konsequente Anwendung der subjektiven Ansicht würde es zwei Privaten erlauben, vor ICSID Schiedsgerichten zu prozessieren, wenn sie eine ICSID Schiedsklausel vereinbaren und vertraglich einen der Beteiligten als „Staat“ definieren. Um ein solches rechtspolitisch unbefriedigendes Ergebnis zu verhindern, sind dem Investitionsbegriff objektive Schranken zu setzen.

e) Entstehungsgeschichte

Als Argument für die subjektive Ansicht wird die Rn. 27 des Berichtes der Exekutivdirektoren der Weltbank herangeführt. Hier heißt es:

„No attempt was made to define the term "investment" given the essential requirement of consent by the parties.“⁸⁰

⁷⁵ (1984), 5 Iran-US CTR, S. 99, zitiert nach: *Amerasinghe*, International Tribunals, S. 112.

⁷⁶ *Daigremont*, in : Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S.460; Vgl. Teil II. B II 2 b).

⁷⁷ *Ibid*, S.486.

⁷⁸ *Ranjan*, 26 (2) *Journal of International Arbitration* 2009, S. 231.

⁷⁹ *Consortium R.F.C.C. v. Morocco*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 16, 2001, Rn. 43.

⁸⁰ ICSID (1965) Report of the Executive Directors, Rn. 27.

Der damalige Generalsekretär des ICSID schloss aus dieser Bemerkung, dass das Zuständigkeitsmerkmal einer „Investition“ gleichsam in dem weiteren Tatbestandsmerkmal einer „Einwilligung“ aufgegangen sei und sich mit diesem vermischte habe.⁸¹ Mangels Definition des Begriffes „Investition“ in der Konvention und wegen der Bedeutung des Konsensprinzips sei es nach dem Willen der Verfasser der Konvention weitgehend den Parteien überlassen, die Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte zu bestimmen.⁸² Die Verfasser der Konvention hätten absichtlich keine Investitionsdefinition vereinbart,⁸³ um den Parteien Raum zu lassen, untereinander den Tatbestand einer geschützten Investition zu definieren.⁸⁴ Eine konventionsimmanente Definition des Begriffes „Investition“ sei daher nicht erforderlich.⁸⁵ Das Schiedsverfahren habe rein optionalen Charakter. Durch die Einwilligung werde gewährleistet, dass die objektiven Zuständigkeitsvoraussetzungen, insbesondere das Vorliegen einer Investition, erfüllt sind.⁸⁶ Schließlich stütze auch Rn. 23 des Berichtes der Exekutivdirektoren der Weltbank diese konsensuale Sicht der ICSID Zuständigkeit. Dort heißt es:

„Consent of the parties is the cornerstone of the jurisdiction of the Centre (...)”

Die Entstehungsgeschichte spricht jedoch im Gegenteil für die objektive Ansicht: Aus den Dokumenten zur Entstehungsgeschichte der Konvention ist nicht ersichtlich, dass ein gemeinsamer Wille dahingehend bestand, die Zuständigkeitsvoraussetzungen seien rein subjektiv. Der Investitionsbegriff sollte vielmehr einen vom Gericht überprüfbaren objektiven Gehalt haben.⁸⁷ Der Umstand, dass das ICSID Sekretariat die Mitgliedstaaten ursprünglich aufgefordert hatte, in den jeweiligen BIT eine Investitionsdefinition aufzunehmen, steht dem nicht entgegen. Denn das Sekretariat hatte zeitgleich klargestellt, eine solche Definition sei weder für das Sekretariat im Rahmen des Art. 36 (3) ICSID⁸⁸ noch für die Schiedsgerichte bindend.⁸⁹ Ähnliches gilt im Hinblick auf Rn. 27 des Berichts der Exekutivdirektoren der Welt-

⁸¹ *Broches*, Selected Essays, S. 166 u. 168: "the requirement that the dispute must have arisen out of an "investment" may be merged into the requirement of consent to jurisdiction".

⁸² *Daigremont*, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S.457; *Andreeva*, 25(4) *Journal of International Arbitration* 2008, S. 506.

⁸³ *Golsong*, 18 *Intl Lawyer* (1984), S. 634.

⁸⁴ *Biwater v Tanzania*, ICSID Award and Concurring & Dissenting Opinion, of July 18, 2008, Rn. 312.

⁸⁵ *Fadlallah*, in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi /Whitesell (Hrsg.), *Liber Amicorum Briner*, S. 259.

⁸⁶ *Schreuer*, Commentary, Rn. 5 zu Art. 25.

⁸⁷ *Schreuer*, Commentary, Rn. 89 zu Art. 25.

⁸⁸ "The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register".

⁸⁹ *Clauses modèles du CIRDI*, S. 8, zitiert nach: *Delaume*, *Revue de l'Arbitrage* (1983), S. 154ff.

bank. Zwar spricht der Wortlaut dieser Regelung für die subjektive Ansicht. Allerdings wird im selben Bericht klargestellt, dass die Einwilligung allein die Zuständigkeit nicht begründet:

„While consent of the parties is an essential prerequisite for the jurisdiction of the Centre, consent alone will not suffice to bring a dispute within its jurisdiction. In keeping with the purpose of the Convention, the jurisdiction of the Centre is further limited by reference to the nature of the dispute and the parties thereto.“⁹⁰

Ebensowenig sollte Rn. 23 des Berichts der Exekutivdirektoren die konsensuale Natur des ICSID Schiedsverfahrens begründen. Diese Regelung sollte vielmehr die Befürchtung vieler Staaten beseitigen, gegen ihren Willen verklagt zu werden und durch den Beitritt zur Konvention an Souveränität zu verlieren.⁹¹ Keineswegs sollte dadurch zum Ausdruck gebracht werden, dass die Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte allein auf der Einwilligung der Parteien beruht. Die Zuständigkeit sollte vielmehr durch die Natur der Streitigkeit und der beteiligten Parteien beschränkt und bestimmt werden.⁹² Dass die Konvention keine Definition enthielt, war ferner keineswegs eine bewusste Entscheidung zugunsten einer subjektiven Auslegung. Im Gegenteil, viele kapitalimportierende Staaten empfanden das Fehlen einer Definition als eine fundamentale Schwäche der ICSID Schiedsgerichtsbarkeit.⁹³ Eine Definition unterblieb, weil sich die vertragsschließenden Staaten nicht über eine Definition einigen konnten.⁹⁴ Die Unstimmigkeiten bestanden u.a. darin, eine Definition zu finden, die ausreichend weit gefasst ist, um innovative und entwicklungsfördernde Formen von Aktivitäten zu umfassen,⁹⁵ zugleich jedoch Maßnahmen ausschließt, die nicht zu einer nachhaltigen wirtschaftlichen Entwicklung beitragen.⁹⁶ Die Delegierten wollten sich nicht auf bestimmte Aktivitäten festlegen, um künftigen Entwicklungen flexibel entgegenzutreten zu können.⁹⁷ Der Begriff „Investition“ wurde letztendlich offen gelassen, um den Anwendungsbereich der Konvention nicht im Vorfeld einzuschränken⁹⁸ und somit unnötige Zuständigkeitsfragen aufzu-

⁹⁰ ICSID Report of the Executive Directors (1965), Rn. 25.

⁹¹ Kovar, *Compétence*, S. 27.

⁹² Kovar, *Compétence*, S. 27.

⁹³ ICSID History, Vol. II/1, S. 470; Belling, *Jurisdiktion*, S. 190.

⁹⁴ Schreuer, *Commentary*, Rn. 81, 86 zu Art. 25; Johannsen, in: Tietje/Kraft (Hrsg.), *Transnationalen Wirtschaftsrecht*, S. 6.

⁹⁵ Bliesener, *Revue de Droit international et de Droit compare* 65 (1991), S. 100.

⁹⁶ Rubins, in: Horn (Hrsg.), *Foreign Disputes*, S. 287.

⁹⁷ Fadlallah, in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi /Whitesell (Hrsg.), *Liber Amicorum Briner*, S. 259.

⁹⁸ Delaume, 1 *Intl. Lawyer* (1966), S. 70.

werfen.⁹⁹ Schließlich ist hervorzuheben, dass bereits bei Entstehung der Konvention Meinungsverschiedenheiten zwischen den „Subjektivisten“, die dem Willen der Parteien eine große Rolle bei der Definition einer Investition zusprechen wollten, und den „Objektivisten“, für die eine Investition stets einen objektiven Kerngehalt aufweisen muss,¹⁰⁰ bestanden. Die Delegierten kamen auch aus diesem Grund zu keinem Konsens über einen Investitionsbegriff. Hieraus kann jedoch nicht geschlossen werden, dass nach dem Willen der Verfasser der Konvention keine Definition erforderlich war.

f) Wortlaut der Konvention und der Rules of Arbitration

Auch der Wortlaut der Konvention spricht für die objektive Ansicht: Gemäß Art 25 (4) ICSID¹⁰¹ können Staaten anzeigen, welche Kategorien von Streitigkeiten sie dem ICSID Verfahren unterwerfen wollen. Soweit Vertreter der subjektiven Ansicht hieraus schließen, dass die Parteien über die Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte verfügen können¹⁰², trifft dies nicht zu. Die Regelung des Art 25 (4) ICSID spricht im Gegenteil für eine objektive Herangehensweise. Denn diese Einschränkungsmöglichkeit der ICSID Zuständigkeit wäre überflüssig, wenn die Parteien ohnehin den Gehalt einer Investition bestimmen und somit über die Zuständigkeit entscheiden könnten. Auch die Regel 2 der ICSID *Institution Rules*¹⁰³ spricht für eine objektive Herangehensweise. Hiernach müssen Kläger bei Erhebung einer Schiedsklage belegen, dass ein Rechtsstreit gegeben ist, der einer Investition entspringt. Dieses erscheint nur sinnvoll, wenn das Gericht auch tatsächlich das Bestehen einer Investition prüft. Hinzu kommt, dass die Schiedsgerichte bzw. der ICSID Generalsekretär gem. Art. 36 (3) ICSID¹⁰⁴, Art. 41 (1) ICSID¹⁰⁵ und Rule 41 (2) der ICSID *Arbitration Rules*¹⁰⁶ aus eigener Kompetenz, unabhängig von einer spezifischen Rüge der Parteien, prüfen können, ob die Zuständigkeit

⁹⁹ Schlemmer, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), The Oxford Handbook, S. 63.

¹⁰⁰ Yala, Journal of International Arbitration 22 (2005), S. 106.

¹⁰¹ “Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).”

¹⁰² Johannsen, in: Tietje/Kraft (Hrsg.), Transnationalen Wirtschaftsrecht, S. 6.

¹⁰³ “The request shall:

(...)(e) contain information concerning the issues in dispute indicating that there is, between the parties, a legal dispute arising directly out of an investment;”

¹⁰⁴ “The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.”

¹⁰⁵ „The Tribunal shall be the judge of its own competence.”

¹⁰⁶ „The Tribunal may on its own initiative consider, at any stage of the proceeding, whether the dispute or any ancillary claim before it is within the jurisdiction of the Centre and within its own competence.”

der ICSID Schiedsgerichte gegeben ist.¹⁰⁷ Diese Befugnis wäre sinnlos, wenn die Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte und die Auslegung des Investitionsbegriffs gänzlich zur Disposition der Parteien stünden.¹⁰⁸

Ferner hätte es einer Aufnahme des Investitionsbegriffes in die Zuständigkeitsvoraussetzungen des Art. 25 ICSID gar nicht bedurft, wenn das Vorliegen einer Einigung der Parteien bereits ausreichen würde, um ein ICSID Schiedsverfahren zu initiieren.¹⁰⁹ Die Vorschrift würde in diesem Fall leer laufen.¹¹⁰ Eine solche Auslegung wäre mit dem Wortlaut von Art. 25 ICSID unvereinbar und stellte somit eine Verletzung der ICSID Konvention dar.¹¹¹ Schließlich zeigt folgendes *argumentum e contrario*, dass eine Einigung der Parteien für die weiteren Zuständigkeitsvoraussetzungen keine Rolle spielt: Gemäß Art. 25 (2) (b) ICSID¹¹², können sich die Parteien in manchen Fällen darauf einigen, dass ein Investor i.S.d. Konvention als Ausländer gelten soll. Eine solche Regelung wäre sinnlos, wenn bereits das Vorliegen einer Einigung genügen würde, um die Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte zu begründen. Über den in Art. 25 (2) (b) ICSID ausdrücklich geregelten Fall hinaus, können die Parteien daher nicht über die Zuständigkeitsvoraussetzung verfügen.

g) *Telos der ICSID Konvention*

Gegen die subjektive Ansicht spricht ferner der *Telos* der Konvention. Hiernach unterscheidet sich das ICSID Schiedsverfahren von anderen Formen von Handelsschiedsgerichtsbarkeiten,¹¹³ die nicht nur spezifisch Investitionen, sondern allgemein jegliche wirtschaftlichen Aktivitäten erfasst: Im Gegensatz zur herkömmlichen privaten Handelsschiedsgerichtsbarkeit und zu *ad-hoc* Schiedsverfahren, wo die Zuständigkeit alleine auf der Einwilligung der Parteien basiert,¹¹⁴ knüpft die Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte an objektiven Zuständigkeitsvoraussetzungen an.¹¹⁵ Es handelt sich um eine spezifische Zuständigkeit (*compétence*

¹⁰⁷ Vgl. Teil III § 7 I. 2.

¹⁰⁸ Schreuer, Commentary, Art. 25 Rn. 7.

¹⁰⁹ Pirrung, Schiedsgerichtsbarkeit, S. 60.

¹¹⁰ *Joy Mining v. Egypt*, ICSID Award on Jurisdiction of August 6, 2004, Rn. 49ff.

¹¹¹ *Yala*, Journal of International Arbitration 22 (2005), S. 117.

¹¹² "National of another Contracting State" means:

(b) (...)any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention."

¹¹³ z.B. ICC, *London Court of International Arbitration*, *Stockholm Court of International Arbitration*.

¹¹⁴ *Lionnet/Lionnet*, Handbuch, S. 54.

¹¹⁵ Dissenting Opinion of Judge Shahabuddeen, *Malaysian Historical Salvors v Malaysia*, ICSID Annulment Decision of February 28, 2009, Rn. 30; *Yala*, Journal of International Arbitration 22 (2005), S. 125.

specialisée), die durch die Natur der Streitigkeit und die beteiligten Parteien beschränkt wird.¹¹⁶

Grund für diese Besonderheit ist, dass das ICSID und die herkömmliche Handelsschiedsgerichtsbarkeit unterschiedliche Schutzrichtungen und Verfahrensarten haben: Wichtige Merkmale der Handelsschiedsgerichtsbarkeit (Gleichheit der Parteien, die Parteien als Herren des Verfahrens, Gegenseitigkeit der Rechte) sind beim ICSID Verfahren nicht vorhanden. Kennzeichnend für das ICSID Verfahren ist dagegen, dass nur Investoren klageberechtigt sind. Diese Asymmetrie ist gerechtfertigt, weil sie ein inhärentes Ungleichgewicht kompensiert: Der Investor hat als Gegenpartei im Verfahren einen Staat, der zugleich Legislative, Exekutive, Judikative und eventuell Vertragspartei ist.¹¹⁷ Aufgrund dieses einseitigen Klagerechtes hat das ICSID Verfahren einen engeren Geltungsanspruch als die Handelsschiedsgerichtsbarkeit.¹¹⁸ Dieser enge Geltungsanspruch ist Ausdruck der besonderen Zielsetzung des ICSID Verfahrens: Es bietet privaten Investoren einen internationalen und neutralen Rechtsschutz zur Beilegung spezifischer Investitionsstreitigkeiten mit Staaten, auch wenn zwischen ihnen keine vertragliche Beziehung besteht. Es geht jedoch nicht darum, jeden privat-öffentlichen Konflikt, der transnationale wirtschaftliche Betätigungen mit Auslandsbeteiligung betrifft, vor einem ICSID Schiedsgericht auszutragen. Für solche Fälle gibt es andere Mechanismen, darunter mit breiteren Kompetenzen ausgestattete Schiedsgerichtsbarkeiten.¹¹⁹ Die besondere Expertise der ICSID Schiedsgerichte ist dafür nicht erforderlich. So heißt es in dem Aufhebungsverfahren *Mitchell v. Congo*¹²⁰:

„Indeed such concept of investment [within the meaning of the ICSID convention] should prevail over any other „definition“ of investment in the parties’ agreement or in the BIT, as it is obvious that the special and privileged arrangements established by the Washington Convention can be applied only to the type of investment which the Contracting States to that Convention envisaged.”

Materielle Investitionsrechte allein – so etwa Bestimmungen in BITs – können die Zuständigkeit des ICSID nicht begründen, denn diese Investitionsrechte verfolgen andere Ziele als das ICSID Schiedsverfahren: Im Gegensatz zum ICSID schützen Investitionsrechte allgemein

¹¹⁶ Kovar, Compétence, S.27.

¹¹⁷ Wälde, in : Kahn/Wälde (Hrsg.), Aspects nouveaux, S.55.

¹¹⁸ Marjosola, Helsinki Law Review 2009, S. 103.

¹¹⁹ Kahn/Wälde (Hrsg.), Aspects nouveaux, S.28.

¹²⁰ *Mitchell v. Congo*, ICSID Annulment Decision of October 27, 2006, Rn. 25.

ausländische Güter im transnationalen Wirtschaftsverkehr.¹²¹ Viele BITs beruhen dabei auf der OECD *Draft Convention on the Protection of Foreign Property* von 1967¹²². Letztere bezweckt generell den Schutz von ausländischem Eigentum und nicht nur den Schutz von ausländischen Investitionen.¹²³ Investitionsdefinitionen in den BITs sind daher oft sehr weit gefasst¹²⁴ und gehen deutlich über den nach der ICSID Konvention intendierten Investitionsschutz hinaus, z.B. wenn sie rein vertragliche Ansprüche aus wirtschaftlichen Tätigkeiten,¹²⁵ jegliches Eigentumsrecht mit einem finanziellen Wert oder jedes ausländische Vermögen¹²⁶ schützen. Letztendlich wird die Definition in den BITs nicht von dem *Telos* der ICSID Konvention, sondern von dem besonderen *Telos* des konkreten BITs bestimmt. Dieser wird durch das Kräfteverhältnis in den Verhandlungen und die rechtspolitische Motivation der Parteien beeinflusst.¹²⁷ BITs liefern daher keinen auf die ICSID Konvention übertragbaren Investitionsbegriff und können nicht alleinige Grundlage der Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte sein. Diese kann nicht von losgelösten Festsetzungen in Investitionsrechten abhängen, weil sonst das Risiko bestünde, dass die Schiedsgerichte aufgrund einer Einigung der Parteien über z.B. rein kommerzielle Streitigkeiten entscheiden, die der spezifischen Zielsetzung des ICSID nicht entsprechen.¹²⁸

Daher sollten ICSID Schiedsgerichte ihre Zuständigkeit in erster Linie aus der ICSID Konvention ableiten.¹²⁹ Sie sind dabei, anders als es bei anderen Formen der Handelsschiedsgerichtsbarkeit der Fall ist,¹³⁰ nicht nur an eine zwischen den Parteien bestehende Schiedsklausel bzw. Investitionsdefinition gebunden, sondern müssen auch prüfen, ob eine Investition im Sinne einer konventionsimmanenten Definition gegeben ist.

5. Zusammenfassung

Das maßgebliche Argument für die subjektive Ansicht ist der Parteiwille. Der Parteiwille wurde in der ICSID Konvention allerdings deshalb besonders hervorgehoben, weil kein Staat

¹²¹ Manciaux, *Investissement étrangers*, S. 55.

¹²² Vgl.: <http://www.oecd.org/dataoecd/35/4/39286571.pdf>

¹²³ Juillard, *Annuaire Francais de Droit International* (1984), S. 776.

¹²⁴ Vgl. die Beispiele im Teil III § 7 III 1 c).

¹²⁵ Paulsson, 10 ICSID Rev. FILJ (1995), S. 238.

¹²⁶ Ben Hamida, 24 (3) *Journal of International Arbitration* 2007, S. 300.

¹²⁷ Paulsson, 10 ICSID Rev. FILJ (1995), S. 236; Vgl. Teil II. A.

¹²⁸ Schmidt, 17 *Harvard International Law Journal* (1976), S. 100.

¹²⁹ Yala, *Journal of International Arbitration* 22 (2005), S. 109.

¹³⁰ Verveniotis, *Revue Hellenique de Droit International* (1997), S.156.

gegen seinen Willen vor ICSID Schiedsgerichten verklagt werden sollte. Daraus lässt sich nicht schließen, dass darüber hinaus keine andere Zuständigkeitsvoraussetzung vorliegen muss. Im Gegenteil, die Entstehungsgeschichte und die Systematik der Konvention zeigen, dass die Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte kein ausschließlicher *inter partes* Gegenstand ist.¹³¹ Die Voraussetzungen in Art. 25 ICSID sind konstitutiver Natur und können nicht abbedungen werden.¹³² Seit der Lehre der vorgezogenen Einwilligung hat das Willenselement ohnehin an Bedeutung verloren, da die Staaten nicht mehr konkret hinsichtlich einer Investition, sondern abstrakt durch eine Klausel im Investitionsrecht ihre Einwilligung in das Verfahren erklären. Die Investitionsrechte, aus denen sich die Einwilligung herleitet, wurden oft vor langer Zeit aus konventionsfremden Erwägungen bzw. aus einer schwachen Verhandlungsposition heraus geschaffen. Solche Einwilligungen sind daher konstruiert. Um dem *Telos* und den Besonderheiten des ICSID Verfahrens Rechnung zu tragen, bedarf es objektiver Zuständigkeitsvoraussetzungen. Investitionsklauseln verlieren dadurch nicht ihre eigenständige Funktion, da sie weiterhin Bedeutung für die Annahme einer vorgezogenen Einwilligung und für die Anwendbarkeit der materiell-rechtlichen Normen des Investitionsrechtes haben. Gegen die subjektive Ansicht spricht ferner, dass sie mit manchen Normen der ICSID Konvention, den ICSID *Institution Rules*¹³³ und der ICSID *Arbitration Rules*¹³⁴ nicht in Einklang zu bringen ist. Ferner kann wegen der unterschiedlichen Zielsetzung von BITs und der ICSID Konvention nicht davon ausgegangen werden, dass ihre jeweiligen Investitionsbegriffe deckungsgleich sind.¹³⁵ Die im Investitionsrecht enthaltenen Definitionen können die Prüfung, ob eine Investition im Sinne einer konventionsimmanenten Definition vorliegt, als Zuständigkeitsvoraussetzung der ICSID Schiedsgerichte nicht ersetzen. Schließlich würde die Anwendung der subjektiven Ansicht, zusammen mit einer sehr weiten Auslegung der weiteren Zuständigkeitsvoraussetzungen aus der ICSID Schiedsgerichtsbarkeit eine weitere private Handelschiedsgerichtsbarkeit machen¹³⁶. Die von den Staaten erlittene Souveränitätseinbuße¹³⁷ würde dadurch ihre Rechtfertigung verlieren. Die besonderen Zielsetzungen der Konvention, ins

¹³¹ Yala, *Journal of International Arbitration* 22 (2005), S. 109 bezugnehmend auf Nathan, the ICSID Convention (2000), Rn. 130.

¹³² Williams, in: Muchlinski/Ortino/Schreuer (Hrsg.), *Oxford Handbook*, S. 871.

¹³³ Z. B.: Rule 2 (1):

“The request shall:

(...)(e) contain information concerning the issues in dispute indicating that there is, between the parties, a legal dispute arising directly out of an investment;”

¹³⁴ „The Tribunal may on its own initiative consider, at any stage of the proceeding, whether the dispute or any ancillary claim before it is within the jurisdiction of the Centre and within its own competence.”

¹³⁵ Fadlallah, in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi /Whitesell (Hrsg.), *Liber Amicorum Briner*, S. 265.

¹³⁶ Yala, *Journal of International Arbitration* 22 (2005), S. 125.

¹³⁷ Vgl. Teil II. § 5 IV 1.

besondere ihre in der Präambel zum Ausdruck kommende Entwicklungsdimension, würden damit verfehlt.

III. Definition einer Investition i.S.d. Art. 25 (1) ICSID

Nachdem im vorhergehenden Abschnitt festgestellt wurde, dass der Investitionsbegriff entsprechend der objektiven Ansicht zu definieren ist, muss der Begriff einer Investition i.S.d. Art. 25 (1) ICSID konventionsimmanent definiert werden. Die Konvention enthält ausdrücklich keine Definition einer Investition. Grund ist, dass die Delegierten sich nicht auf eine Definition einigen konnten,¹ die einerseits weit und flexibel ist, andererseits jedoch Maßnahmen ausschließt, die nicht dem *Telos* der Konvention entsprechen.² Im Folgenden werden zunächst Investitionsdefinitionen aus anderen Bereichen und Abkommen dargestellt (dazu 1). Dann wird eine sich in der Schiedsrechtssprechung im Vordringen befindliche Definition kritisch untersucht (dazu 2). Schließlich wird versucht, den Begriff „Investition“ i.S.d. Art. 25 ICSID teleologisch anhand der Entwicklungsdimension des Investitionsschutzes zu definieren (dazu 3).

1. Investitionsdefinitionen außerhalb der ICSID Konvention

a) Definitionen in den Travaux Préparatoires der Washingtoner Konvention

Im Rahmen der Vorbereitungsarbeiten der Konvention wurden Definitionsvorschläge unterbreitet, die, auch wenn sie erfolglos blieben, für die Auslegung des Begriffes herangezogen werden können. Hierzu gehört folgender Vorschlag:

„The term « investment » means the acquisition of (i) property rights or contractual rights (including rights under a concession) for the establishment or in the conduct of

¹ Schreuer, Commentary, Rn. 81 u. 86 zu Art. 25; Johannsen, in: Tietje/Kraft (Hrsg.), Transnationalen Wirtschaftsrecht, S. 6.

² Rubins, in: Horn (Hrsg.), Foreign Disputes, S. 287; Bliesener, Revue de Droit international et de Droit compare 65 (1991), S. 100.

an industrial, commercial, agricultural, financial or service enterprise; (ii) participations or shares in any such enterprise; or (iii) financial obligations of a public or private entity other than obligations arising out of a short-term banking or credit facilities.”³

b) Ökonomische Definitionen

Nach einer ökonomischen Herangehensweise liegt eine Investition vor, wenn innerhalb einer Zeitspanne eine Mehrung des materiellen Vermögens des Gastlandes stattfindet.⁴ Nach einer gängigen Definition, die u.a. sinngemäß vom Internationalen Währungsfonds und der OECD benutzt wird, stellt jeder transnationale Kapitaltransfer einer Entität mit dem Ziel, eine bleibende Beteiligung in einem Unternehmen eines anderen Landes zu etablieren, eine ausländische Direktinvestition dar. Voraussetzung einer bleibenden Beteiligung ist dabei die Existenz einer dauerhaften Beziehung zwischen dem Investor und der ausländischen Tochtergesellschaft sowie ein beachtlicher Einfluss auf deren Geschäftsleitung.⁵

c) Definitionen in Investitionsrechte

In den Investitionsschutzabkommen und in den nationalen Investitionsgesetzen findet man eine Vielzahl an unterschiedlichen Investitionsdefinitionen,⁶ die sich wesentlich in zwei Kategorien unterteilen lassen: die aufzählenden und die synthetischen Definitionen.⁷

Aufzählende Definitionen finden sich vor allem in den BITs. Sie zeichnen sich durch eine in der Regel nicht abschließende Auflistung all dessen aus, was eine Investition darstellen kann. Im NAFTA wird zusätzlich eine negative Auflistung dessen gemacht, was keine Investition darstellt.⁸ Diese Auflistungen sind im Lichte der jeweiligen Investitionsrechte und deren Ziel-

³ ICSID History, Vol. II/2, S. 844.

⁴ Kahn, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. 17.

⁵ “The IMF and OECD define direct “foreign investment” as cross-border investment made by a resident entity in one economy (the “direct investor” or “multinational enterprise”) with the objective of establishing a lasting interest in an enterprise resident in an economy other than that of the direct investor (the “foreign affiliate”). “Lasting interest” implies the existence of a long-term relationship between a direct investor and a foreign affiliate, and a significant degree of influence on the management of the latter.”

Sachs/Sauvant, in: Sachs/Sauvant (Hrsg.), *Impact*, S. 2.

⁶ Zur Vertiefung: Manciaux, *Investissement étrangers*, S. 54ff.

⁷ Poulain, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S. 131.

⁸ Art. 1138 NAFTA

setzung auszulegen.⁹ In der Regel ist die Auflistung nicht abschließend, damit auch zukünftige Entwicklungen den Tatbestand einer Investition erfüllen können und nicht schon im Vorfeld ausgeschlossen werden. Art. 1 des BITs zwischen Frankreich und Paraguay beschreibt Investitionen als Vermögenswerte, Rechte und Beteiligungen jeglicher Natur, insbesondere alle Ansprüche, die einen wirtschaftlichen Wert haben.¹⁰ Eine ähnliche Definition ist in den BITs von Frankreich mit Polen¹¹ und der russischen Föderation¹² enthalten. Eine sehr weite Definition des Begriffs Investition findet sich in Art. 1 (a) des BITs zwischen dem Vereinten Königreich und Südafrika:

„Investment means every kind of asset and in particular, though not exclusively, includes: claims to money or to any performance under contract having a financial value“.¹³

“investment means:

- (a) an enterprise;
 - (b) an equity security of an enterprise;
 - (c) a debt security of an enterprise
 - (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or
 - (ii) where the original maturity of the debt security is at least three years, but does not include a debt security, regardless of original maturity, of a state enterprise;
 - (d) a loan to an enterprise
 - (i) where the enterprise is an affiliate of the investor, or
 - (ii) where the original maturity of the loan is at least three years, but does not include a loan, regardless of original maturity, to a state enterprise;
 - (e) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in income or profits of the enterprise;
 - (f) an interest in an enterprise that entitles the owner to share in the assets of that enterprise on dissolution, other than a debt security or a loan excluded from subparagraph (c) or (d);
 - (g) real estate or other property, tangible or intangible, acquired in the expectation or used for the purpose of economic benefit or other business purposes; and
 - (h) interests arising from the commitment of capital or other resources in the territory of a Party to economic activity in such territory, such as under
 - (i) contracts involving the presence of an investor's property in the territory of the Party, including turn-key or construction contracts, or concessions, or
 - (ii) contracts where remuneration depends substantially on the production, revenues or profits of an enterprise;
- but investment does not mean,
- (i) claims to money that arise solely from
 - (i) commercial contracts for the sale of goods or services by a national or enterprise in the territory of a Party to an enterprise in the territory of another Party, or
 - (ii) the extension of credit in connection with a commercial transaction, such as trade financing, other than a loan covered by subparagraph (d); or
 - (j) any other claims to money, that do not involve the kinds of interests set out in subparagraphs (a) through (h)“.

⁹ Poulain, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S.132.

¹⁰ BIT (1978) France/Paraguay: „Le terme d'investissement désigne les biens, droits et intérêts de toute nature et plus particulièrement mais non exclusivement: Les créances, obligations ou tous les droits à prestation ayant une valeur économique“.

¹¹ BIT (1989) France/Pologne.

¹² BIT (1989) France/Russie.

¹³ BIT (1998) United Kingdom/South-Africa.

Vergleichbare Regelungen finden sich in den BITs zwischen dem Vereinigten Königreich und Peru¹⁴, Ukraine¹⁵, Argentinien¹⁶ sowie im BIT zwischen Japan und Sri Lanka.¹⁷ In dem BIT zwischen England und Argentinien wird unter Art. 1 (a) eine Investition als *every kind of asset* beschrieben. Dann wird eine nicht exklusive Auflistung von möglichen Investitionsformen gemacht, die teilweise tautologisch definiert werden:

„(iii) claims to money which are directly related to a specific investment“.¹⁸

Aufzählende Definitionen werden kritisiert, weil sie nur Erscheinungsformen nicht jedoch das Wesen einer Investition beschreiben.¹⁹ Auch sind sie oft weit und unbestimmt.²⁰ An die Stelle des intendierten Investitionsschutzes tritt ein umfassender Güterschutz.²¹

Die Alternative zu den aufzählenden Definitionen sind synthetische Definitionen. Diese zeichnen sich dadurch aus, dass Investitionen anhand ihrer wichtigsten Eigenschaften beschrieben werden.²² Eine häufige Eigenschaft ist hierbei, dass die Investition einen Mehrwert für die nationale Wirtschaft des Gaststaates hat, was durch Begriffe wie „Verbesserung“, „Vergrößerung“ oder „Vermehrung“ zum Ausdruck gebracht wird.²³ Diese Form wird häufig in nationalen Investitionsgesetzen wie z.B. in Art. 2 des *Code des Investissements de la République Démocratique du Congo* (vgl. Loi n. 004/2002 du 21 Février 2002)²⁴ verwendet. Auch in manchen BITs wird sie angewendet, wie z.B. in dem BIT zwischen der Schweiz und Zaire:

¹⁴ BIT (1994) United Kingdom/Peru.

¹⁵ BIT (1993) United Kingdom/Ukraine.

¹⁶ BIT (1990) United Kingdom/Argentina.

¹⁷ BIT (1983) Sri Lanka/Japan.

¹⁸ BIT (1990) United Kingdom/Argentina.

¹⁹ Manciaux, Investissement étrangers, S.55.

²⁰ Poulain, in : Kahn/Wälde (Hrsg.), Aspects nouveaux, S.132.

²¹ Manciaux, Investissement étrangers, S. 55.

²² *Ibid*, S. 131.

²³ Poulain, in : Kahn/Wälde (Hrsg.), Aspects nouveaux, S.134 ff.

²⁴ « Au sens de la présente loi, on entend par : (...)

b) Investissement Direct :

Tout investissement relevant du champ d'application de la présente loi envisagé par une entreprise nouvelle ou existante visant à mettre en place une capacité nouvelle ou à accroître la capacité de production de biens ou de prestation de services, à élargir la gamme des produits fabriqués ou des services rendus, à accroître la productivité de l'entreprise ou à améliorer la qualité des biens ou des services ».

c) Investissement Etranger Direct (I.E.D.)

Tout investissement dont la participation étrangère dans le capital social d'une entreprise dans laquelle l'investissement réalisé est au moins égal à 10%.

„Aux termes de cet Accord le mot „investissements“ désigne des apports en espèces ou en nature faits par les ressortissants ou sociétés d’une des Parties Contractantes sur le territoire de l’autre, conformément à la législation respective des Parties Contractantes, applicable aux investissements, en vue soit de constituer une capacité de production nouvelle de biens ou de services soit de rationaliser des méthodes de production ou d’en améliorer la qualité“.²⁵

d) Definitionen in Unterscheidung zu Handelsmaßnahmen

Bei der Suche nach einer für die ICSID Konvention geeigneten Investitionsdefinition ist Folgendes zu berücksichtigen: Das ICSID Schiedsverfahren ist ein spezialisiertes Verfahren für Investitionsstreitigkeiten, das sich von der kommerziellen Handelsschiedsgerichtsbarkeit unterscheiden soll. Nach dem *Telos* der Konvention soll durch den Schutz ausländischer Privatinvestoren die Entwicklung des Gastlandes gefördert werden. Hier unterscheidet sich die ICSID Schiedsgerichtsbarkeit von der herkömmlichen Handelsschiedsgerichtsbarkeit, für die diese Zielsetzung keine Rolle spielt.²⁶ Über die Definition des Begriffes „Investition“ soll daher eine Abgrenzung von ICSID Schiedsverfahren und Handelsschiedsgerichtsbarkeit erfolgen. Dies wird durch die internationale Schiedspraxis bestätigt: So hob das Schiedsgericht in *Alcoa v. Jamaica*²⁷ hervor, dass die objektive Investitionsdefinition als Ausschlusskriterium von reinen Handelsaktivitäten diene, da sonst das Risiko bestünde, dass entgegen dem Zweck der Konvention rein kommerzielle Streitigkeiten aufgrund einer Einigung der Parteien vor den ICSID Schiedsgerichten ausgetragen werden.²⁸

Investitionen unterscheiden sich dadurch von Handelsmaßnahmen, dass sie darauf angelegt sind, selbstständige Einkommensquellen zu schaffen. Investitionen beinhalten den Transfer von materiellen und immateriellen Werten von einem Land in ein anderes, um unter fortwährender Kontrolle des Vermögensinhabers in diesem Land Wohlstand zu generieren.²⁹ Handelsmaßnahmen generieren dagegen zwar Gewinn, sie sind jedoch keine selbstständige Einkommensquelle. Diese Besonderheit von Investitionen gegenüber Handelsaktivitäten - das

²⁵ Zitiert nach: *Amerasinghe*, 19 *Indian Journal of International Law* (1979), S.179; *Poulain*, in : Kahn/Wälde (Hrsg.), *Aspects nouveaux*, S.134.

²⁶ Vgl.: B IV 4 u. Teil I C.

²⁷ *Alcoa v. Jamaica*, ICSID Decision on Jurisdiction and Competence of July 6, 1975.

²⁸ *Schmidt*, 17 *Harvard International Law Journal* (1976), S. 100.

²⁹ *Sorjanah*, *Foreign Investment*, S. 7.

Generieren einer selbstständigen wachstumsfördernden Einkommensquelle - rechtfertigt deren spezifischen Schutz durch das Investitionsschutzsystem. Allgemeine Handelsübereinkommen, wie z.B. das NAFTA, sehen daher für Handel und Investitionen hinsichtlich des Verfahrens und des materiell-rechtlichen Schutzgehaltes unterschiedliche Schutzmechanismen vor.³⁰

2. Konventionsimmanente Definition einer Investition: Die *Salini*-Kriterien

a) *Typologisch-beschreibender Ansatz*

ICSID Schiedsgerichte gehen manchmal von einem gegenstandsbezogenen Investitionsbegriff aus und bilden Kategorien von wirtschaftlichen Aktivitäten, die eine Investition darstellen. Der Investitionsbegriff, wie er zum Zeitpunkt der Ratifizierung der Konvention verstanden wurde, umfasste wirtschaftliche Aktivitäten, deren Hauptmerkmal ein Zufluss an Kapital war. Hierzu zählen Konzessionen, internationale Darlehen sowie *joint-ventures*. Über die Jahre wurde eine Vielzahl an neuen Formen wirtschaftlicher Aktivitäten als Investitionen i.S.d. Art. 25 ICSID qualifiziert. Infolgedessen hat sich eine gewisse Kasuistik in der Schiedspraxis entwickelt. So wurden Bauverträge³¹, Darlehen und weitere Finanzierungsinstrumente³² als Investition qualifiziert; der Investitionsbegriff wurde auch um indirekte Investitionen³³ erweitert. In jüngster Zeit ist oft die Anteilhabe an einem lokalen Unternehmen die streitgegenständliche Investition,³⁴ da zunehmend durch den Kauf von Anteilen eines bestehenden Unternehmens oder durch die Fusionierung mit lokalen Unternehmen investiert wird.

b) *Synthetische Definition*

Andere Schiedsgerichte wählen einen synthetischen Definitionsansatz und prüfen sodann, ob die streitgegenständliche Maßnahme unter diese Definition fällt. Die Schiedspraxis und die

³⁰ *Hunter/Barbuk*, in: Aksen/Böckstiegel/Mustill/Patocchi /Whitesell (Hrsg.), *Liber Amicorum Briner*, S.390.

³¹ *Salini v. Marocco*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 23, 2001.

³² *Fedax v. Venezuela*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 11, 1997; *CSOB v. Slovak Republic*, ICSID Decision on Jurisdiction, May 24, 1999.

³³ *PSEG v Turkey*, ICSID Award of January 19, 2007.

³⁴ *Manciaux*, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 9 No. 6 (2008), Rn. 14.

Literatur³⁵ haben gewisse Merkmale entwickelt, die eine Investition ausmachen und beschreiben. Diese Kriterien wurden in *Fedax v. Venezuela* unter Bezugnahme auf Schreuer³⁶ wie folgt zusammengefasst:

"the basic feature of an investment has been described as involving a certain duration, a certain regularity of profit and return, assumption of risk, a substantial commitment and a significance for the host state's development".³⁷

In der Entscheidung *Salini v. Marokko*³⁸ wurde klargestellt, dass die Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte erst begründet ist, wenn die Aktivität des Investors sowohl nach dem streitgegenständlichen BIT als auch nach den oben genannten Kriterien (*Salini*-Kriterien), eine Investition darstellt. Diese Prüfungsweise wird gewöhnlich als *Salini*-Test bezeichnet.³⁹ In der Schiedspraxis hat sich diese Definitionsart inzwischen etabliert. Die *Salini*-Kriterien wurden – wenn auch manchmal mit sprachlichen und inhaltlichen Unterschieden oder anderer Schwerpunktsetzung – in den Entscheidungen *Joy Mining v. Ägypten*⁴⁰, *Saipem v. Bangladesh*⁴¹ und *Bayindir Insaat v. Pakistan*⁴², *Kardassopoulos v. Georgia*⁴³, *Mitchell v. Congo*⁴⁴ und *Jan de Nul v. Ägypten* geprüft.⁴⁵ Ihre Anwendung wird gemeinhin mit der Zielsetzung der Konvention begründet.⁴⁶ Allerdings ist der Gehalt der *Salini*-Kriterien und ihre dogmatische Handhabung im Einzelnen umstritten: So ist strittig, ob sie als strikte Zulässigkeitsvoraussetzung allesamt vorliegen müssen oder ob eine Gesamtschau der Umstände des Einzelfalles vorzunehmen ist, im Rahmen derer die Kriterien lediglich als Auslegungshilfe dienen (*Jurisdictional Approach* im Gegensatz zur *Typical Characteristics Approach*⁴⁷).⁴⁸ Viele

³⁵ *Reed/Paulsson /Blackaby*, ICSID Arbitration, Chap. 2: „(a) had a significant duration; (b) provided a measurable return to the investor; (c) involved an element of risk on both sides; (d) involved a substantial commitment on the part of the investor; and (e) was significant to the State's development”

³⁶ Schreuer, Commentary, Rn. 122 zu Art. 25; zum ersten Mal in Schreuer, Commentary on the ICSID Convention, 11 ICSID Review — Foreign Investment Law Journal (1996), S. 372

³⁷ *Fedax v. Venezuela*, ICSID Decision on Objections to Jurisdiction of July 11, 1997, Rn. 43; siehe auch: *Joy Mining v. Egypt*, ICSID Award on Jurisdiction of August 6, 2004, Rn. 53.

³⁸ *Salini v. Marocco*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 23, 2001, Rn. 52.

³⁹ *Saipem v. Bangladesh*, ICSID Decision on Jurisdiction of March 21, 2007, Rn. 99.

⁴⁰ *Joy Mining v. Egypt*, ICSID Award on Jurisdiction of August 6, 2004.

⁴¹ *Saipem v. Bangladesh*, ICSID Decision on Jurisdiction of March 21, 2007, Rn. 99.

⁴² *Bayindir Insaat v. Pakistan*, ICSID Decision on Jurisdiction of November 14, 2005, Rn. 99.

⁴³ *Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 06, 2007.

⁴⁴ *Mitchell v. Congo*, ICSID Annulment Decision of October 27, 2006, Rn. 29.

⁴⁵ *Jan de Nul v. Egypt*, ICSID Decision on Jurisdiction of June 16, 2006, Rn.91.

⁴⁶ *Mitchell v. Congo*, ICSID Annulment Decision of October 27, 2006, Rn. 29.

⁴⁷ *Malaysian Historical Salvors v Malaysia*, ICSID Decision on the Application for Annulment of February 28, 2009, Rn. 15; Vgl.auch: Gaillard, in: Binder/Kreibbaum/Reinisch/Wittich (Hrsg.), Essay in Honour of Schreuer, S. 407: “deductive versus intuitive method“.

Schiedsgerichte betrachten die *Salini*-Kriterien mehr als Ergebnis einer empirisch-typologischen Betrachtung denn als Ergebnis einer dogmatischen Analyse.⁴⁹ Streitig ist ferner, ob die Aktivität einen Beitrag zur Entwicklung des Gaststaates leisten muss: Manche Schiedsgerichte bejahen dies und fordern sogar, dass ein beachtlicher Beitrag geleistet wird.⁵⁰ Andere Gerichte lehnen dieses Kriterium ab, weil es zu unbestimmt sei. Stattdessen versuchen sie, eine Investitionsdefinition ohne subjektiv geprägte Unsicherheitsfaktoren wie das Erfordernis eines bestimmten Entwicklungsbeitrages oder einer Dauer der Investition zu formulieren. So heißt es in der Entscheidung des Schiedsgerichts in *Pantechniki v. Albania*: “[An investment] requires the commitment of resources to the economy of the host state by the claimant entailing the assumption of risk in expectation of a commercial return.”⁵¹ Das Schiedsgericht in *Phoenix v. Czech Republic*⁵² ersetzte den Beitrag zur Entwicklung durch einen Beitrag zur wirtschaftlichen Aktivität des Gastlandes. Zugleich prüfte es, ob die Investition *bona fide* und in Übereinstimmung mit dem nationalen Recht erfolgt war.⁵³

sollen die einzelnen Kriterien näher dargestellt und dabei insbesondere untersucht werden, inwieweit sie dem *Telos* der Konvention entsprechen.

aa) Investitionen setzen eine Beteiligung in der lokalen Wirtschaft voraus, die zu einem Gewinn führt

Nach dem *Salini*-Test ist die erste Voraussetzung einer Investition eine Beteiligung in der lokalen Wirtschaft, die zu einem Gewinn führt. Hieraus folgt, dass eine Kapitaleinbringung ohne vernünftige Gewinnerzielungsabsicht keine Investition darstellt.⁵⁴ Teilweise wird hinsichtlich dieser ersten Voraussetzung des *Salini*-Tests lediglich geprüft, ob Gewinn erzielt wird.⁵⁵ Teilweise wird das Vorliegen einer Beteiligung und das Vorliegen von Gewinn zusammengeprüft. Zur Begründung wird angeführt, dass sich ein Investor in einer kapitalistischen Wirtschaftsordnung stets einen Gewinn aus einer Zuwendung erhoffe.⁵⁶

⁴⁸ *Bayindir v. Pakistan*, ICSID Decision on Jurisdiction of November 14, 2005, Rn. 130.

⁴⁹ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, ICSID Decision on jurisdiction of May 17, 2007, Rn. 72.

⁵⁰ *Ibid*, Rn. 143; *D'Alessio*, Jurisdictional Issues, S. 38; *Bayindir v. Pakistan*, ICSID Decision on Jurisdiction of November 14, 2005, Rn. 131.

⁵¹ *Pantechniki v. Albania*, ICSID Award of July 30, 2009, Rn. 36.

⁵² *Phoenix v. Czech Republic*, ICSID Award of April 15, 2009.

⁵³ *Ibid*, Rn. 114.

⁵⁴ *CME v. Czech Republic*, UNCITRAL Separate Opinion on Final Award, 14 March 2003, Rn. 34.

⁵⁵ *Manciaux*, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 9 No. 6 (2008), Rn. 18.

⁵⁶ *Ibid*, Rn. 17.

Das Kriterium einer Beteiligung, die zu einem Gewinn führt, vermag nicht zu überzeugen: Es vermischt die Ebenen der Zuständigkeit und der Quantifizierung des Schadens. Vertreter dieser Ansicht verweisen auf die Entscheidung *Metalclad v. Mexico*⁵⁷, wo problematisiert wurde, ob die Entschädigung auch den entgangenen Gewinn umfassen soll.⁵⁸ Nach dieser Entscheidung spielt die Gewinnerzielung allein bei der Frage der Schadenskalkulation eine Rolle; ihr kann jedoch nicht entnommen werden, dass einem Investor, der keine Gewinnerzielungsabsicht aufweist, bereits wegen fehlender Zuständigkeit der Rechtsschutz vor dem ICSID zu verwehren ist. Auch führt dieses Kriterium zu willkürlichen Ergebnissen, da manche Projekte erst ab einer gewissen Dauer zu Gewinnen führen und es schwer ermittelbar ist, ob ein Investor subjektiv die Absicht hat, solche Gewinne zu erzielen. Schließlich sprechen auch teleologische Gründe gegen dieses Kriterium: Aufgrund der Entwicklungsdimension der Konvention sollte die Tatsache, dass ein Investor nicht merkantile, sondern ideelle Zwecke verfolgt, ihm nicht den Weg zu den ICSID Schiedsgerichten versperren. Auch und gerade Projekte, die nicht auf die Erzielung eines Gewinns ausgerichtet sind, weil keine Gewinnspanne kalkuliert und Gewinne im Land reinvestiert werden, können zur Entwicklung des Gaststaates beitragen.

bb) Investitionsprojekte besitzen eine gewisse Dauer

Nach dem zweiten Kriterium des *Salini*-Tests müssen Handelsbeziehungen eine gewisse Dauer aufweisen, um als Investition i.S.d. Art. 25 ICSID zu gelten. Erst dann seien sie in der Lage, die Wirtschaft und die Entwicklung eines Landes zu fördern.⁵⁹ Dieses Kriterium hat seinen Ursprung in dem Bestreben der Gaststaaten, ausländisches Kapital längerfristig zu binden: Kurzfristige Geschäftstätigkeiten seien nämlich unberechenbar, würden die finanzielle Volatilität verschärfen und sich daher oft negativ auf die Entwicklung eines Landes auswirken.⁶⁰ In den vorbereitenden Arbeiten zur Konvention wurde erwogen, eine Mindestdauer als Tatbestandsmerkmal einer Investition einzuführen. In einem Entwurf zum Konventionstext hieß es etwa:

⁵⁷ *Rubins*, in: Horn (Hrsg.), *Foreign Disputes*, S. 298.

⁵⁸ *Metalclad v. Mexico*, ICSID Award of August 30, 2000, Rn. 122.

⁵⁹ *Consortium L.E.S.I. - DIPENTA v. Algeria*, ICSID Award of January 10, 2005, unter II. 1, Rn. 14.

⁶⁰ *Rubins*, in: Horn (Hrsg.), *Foreign Disputes*, S. 297.

“For the purpose of the present chapter, ‘investment’ will designate all monetary or other economically valuable property contributions made for an indeterminate time period or, if the period is specified, for at least five years.”⁶¹

Eine zeitliche Komponente wurde jedoch zu Recht im Konventionstext nicht übernommen. Eine starre Zeitgrenze ist willkürlich. Eine offene Zeitlimitierung ist dagegen zu unbestimmt, um als sicheres Abgrenzungskriterium dienen zu können. Aufgrund seiner Unbestimmtheit spielt dieses Kriterium als strikte Zuständigkeitsvoraussetzung neben den anderen Kriterien in der Schiedspraxis ohnehin keine wesentliche Rolle.⁶² Auch nach dem *Telos* der Konvention ist die Dauer einer Maßnahme gleichgültig: Entscheidend ist, dass sie die Entwicklung des Gaststaates fördert. Das Schiedsgericht in *M. H. S. v. Malaysia* meinte, die Dauer einer Investition könne umso kürzer sein, je mehr sie einen Entwicklungsbeitrag leiste.⁶³ Diese Aussage zeigt, dass die Dauer eines Projektes an sich keine eigenständige Bedeutung hat, sondern nur als Indiz eines Entwicklungsbeitrages erheblich ist. Die Dauer sollte daher lediglich als Kriterium für das Vorliegen eines Entwicklungsbeitrages dienen, aber darüber hinaus keine Bedeutung als eigenständiges Kriterium einer Investition haben.⁶⁴

cc) Investitionen sind für beide Seiten risikoträchtig

Nach einem weiteren Kriterium sollen Investitionen für beide Seiten risikoträchtig sein. Im Einzelnen ist die Handhabung dieses Kriteriums durch die Gerichte indes nicht einheitlich.⁶⁵ Grund für dieses Kriterium ist, dass Investoren nicht den spezifischen Investitionsschutz benötigen würden, wenn kein Risiko bestünde. Risikolose Investitionen unterfallen daher nicht dem Anwendungsbereich des ICSID.⁶⁶ Darüber hinaus sollen durch dieses Kriterium Investitionen von Handelsverträgen unterschieden werden.

Das allgemeine Risiko, dass sich der erstrebte Gewinn aus der Beteiligung an der ausländischen Wirtschaft nicht realisiert, entspricht dem allgemeinen Handelsrisiko und kann daher nicht als Unterscheidungsmerkmal zu allgemeinen Handelsmaßnahmen, die dem gleichen

⁶¹ Analysis of Documents relative to the Origin and Elaboration of the ICSID Convention (1970), Vol. 1, S. 116, zitiert nach: *Manciaux*, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 9 No. 6 (2008), Rn. 19.

⁶² *Manciaux*, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 9 No. 6 (2008), Rn. 20.

⁶³ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, ICSID Decision on Jurisdiction of May 17, 2007, Rn. 111.

⁶⁴ *Manciaux*, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 9 No. 6 (2008), Rn. 22.

⁶⁵ *Ibid*, Rn. 23.

⁶⁶ *Rubins*, in: Horn (Hrsg.), Foreign Disputes, S. 298.

Risiko ausgesetzt werden, dienen.⁶⁷ Daher geht dieses Merkmal für manche Schiedsgerichte über das reine wirtschaftliche Risiko hinaus und verlangt ein spezifisches Investitionsrisiko. In *William Nagel v. Tschechische Republik*⁶⁸ machte der Kläger entgangene Gewinnerwartungen aus einem Kooperationsvertrag geltend. Das Gericht verneinte das Vorliegen einer Investition, da die Nichterfüllung von Erwartungen aus einem Kooperationsvertrag zum normalen Handelsrisiko gehöre.⁶⁹ In *Joy Mining v. Ägypten*⁷⁰ ging es um eine Bankgarantie, die der Kläger als Lieferer und Installateur von Zubehör für eine Bergbauanlage geleistet hatte und die vom Beklagten eingefroren wurde, weil er mit der Qualität der Lieferung nicht zufrieden war. Dies stellte nach Ansicht des Schiedsgerichtes ein typisches Handelsrisiko dar, das jedem handelsrechtlichen Vertrag immanent sei.⁷¹ Das ICSID Verfahren sei jedoch keine handelsrechtliche Versicherung und ziele nicht darauf ab, dem Unternehmer bloße Risiken des Wirtschaftslebens abzunehmen. In *Fedax v. Venezuela*⁷² verklagte der Kläger den Staat, weil dieser seinen Verpflichtungen aus Wertpapieren, die er dem Kläger als Leistung auf einem Darlehen ausgegeben hatte, nicht nachgekommen war. Der beklagte Staat argumentierte, es läge keine Investition i.S.d. Art 25 ICSID vor, weil der Kläger kein investitionstypisches Risiko eingegangen sei.⁷³ Das Schiedsgericht entschied, dass ein Darlehen in Form von Wertpapieren aufgrund des Risikos, dass der Darlehensnehmer seiner Verpflichtung nicht nachkomme, sehr wohl eine Investition darstellen kann.

Auch dieses Kriterium vermag nicht zu überzeugen. Dies hat folgenden Grund: Überwiegend wird wie in *Fedax v. Venezuela*⁷⁴ auf ein Risiko abgestellt, dass jeder Handelstransaktion innewohnt und keine Unterscheidungskraft zum allgemeinen Handelsrisiko besitzt.⁷⁵ Bei diesem Risiko kann es sich ausschließlich um das politische Risiko handeln - denn allein hiergegen schützt das Investitionsrecht.⁷⁶ Jede Investition im Ausland ist zunächst abstrakt einem politischen Risiko ausgesetzt. Entscheidend ist daher allein, ob sich konkret ein Risiko realisiert hat, das Anlass zur Klage gibt. Ob dies der Fall ist, ist jedoch eine Frage der Begründetheit der Klage und im Rahmen der Zuständigkeit unerheblich. Bei diesem Kriterium kann es daher nur darum gehen, ein anderes Risiko als das politische Risiko, worauf sich die Klage

⁶⁷ Manciaux, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 9 No. 6 (2008), Rn. 25.

⁶⁸ *Nagel v Czech Republic*, Stockholm Arbitration Institute Award 49/2002, 09 September 2003. Die Entscheidung wurde, soweit ersichtlich, nicht veröffentlicht.

⁶⁹ zitiert nach : Kahn, in: Kahn/Wälde (Hrsg.), Aspects nouveaux, S.26ff.

⁷⁰ *Joy Mining v. Egypt*, ICSID Award on Jurisdiction of August 6, 2004.

⁷¹ *Ibid*, Rn 57 u. 58.

⁷² *Fedax v. Venezuela*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 11, 1997.

⁷³ *Ibid*, Rn. 19.

⁷⁴ *Fedax v. Venezuela*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 11, 1997.

⁷⁵ Gaillard (2004), S. 480; Poulain, in : Kahn/Wälde (Hrsg.), Aspects nouveaux, S.127.

⁷⁶ Kahn, in : Kahn/Wälde (Hrsg.), Aspects nouveaux, S.27.

bezieht, zu verlangen. Der Versuch, dieses Risiko als spezifisches Investitionsrisiko zu beschreiben, ist im Kern tautologisch, da das spezifische Merkmal des Investitionsrisikos den generellen Investitionsbegriff definieren soll. Dieses spezifische Investitionsrisiko sollte daher zunächst definiert werden. Die Besonderheit einer Investition ist das Bestehen einer Risikogemeinschaft der Beteiligten an der Investition: Im Unterschied zum reinen Handelsrisiko, das nur eine Vertragspartei trifft, trifft das Risiko einer Investition beide Parteien gleichermaßen.⁷⁷ Das ist nur dann der Fall, wenn beide Parteien kongruente Ziele verfolgen. Im Rahmen einer Investition i.S.d. Art. 25 ICSID müssen also sowohl Investor als auch Gaststaat am Schicksal einer Investition teilhaben. Dies ist nur der Fall, wenn sowohl der Investor als auch der Gaststaat einen Nutzen aus der Investition haben, sei es einen Gewinn, sei es einen Entwicklungsbeitrag.

dd) Investitionen müssen beachtlich sein

Ferner wird verlangt, dass die Investition beachtlich ist. Dieses Kriterium überzeugt aufgrund seiner subjektiven Prägung nicht: Was beachtlich ist, ist von Investition zu Investition sowie von Gaststaat zu Gaststaat sehr unterschiedlich.⁷⁸ Auch die Entstehungsgeschichte der ICSID Konvention spricht gegen dieses Kriterium: Bei den Vorbereitungen der Konvention wurde erwogen, geringfügige Klagen (bei einem Streitwert von weniger als \$ 100 000) von der Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte auszuschließen. Dieser Vorschlag wurde abgelehnt.⁷⁹ Zur Begründung wurde darauf verwiesen, dass manche Klagen nicht quantifizierbar seien⁸⁰ und dass das Erfordernis eines Mindestbetrages gegen die Parteiautonomie verstoßen würde.⁸¹ Schließlich lehnen auch manche Gerichte dieses Kriterium unter Hinweis auf die Parteiautonomie und den Willen der Verfasser der Konvention ab.⁸²

ee) Investitionen müssen einen Beitrag zur Entwicklung des Landes leisten

Nach dem letzten *Salini*-Kriterium soll die Maßnahme einen positiven Beitrag für die Entwicklung des Landes leisten. Der Entwicklungsbeitrag wurde bereits lange vor *Salini* als we-

⁷⁷ Z. B. trägt man das unternehmerische Risiko, wenn man in ein Unternehmen investiert.

⁷⁸ *Rubins*, in: Horn (Hrsg.), *Foreign Disputes*, S. 298.

⁷⁹ *Ibid.*, S. 299.

⁸⁰ ICSID, *History*, Vol. II/1, S. 257, 258 u. 497.

⁸¹ ICSID *History*, Vol. II/1, S. 34 u. 497.

⁸² *Mihaly v. Sri Lanka*, ICSID Award of March 15, 2002, Rn. 51.

sentliches Merkmal einer Investition hervorgehoben⁸³ und ist nach teilweise vertretener Ansicht das wichtigste *Salini*-Kriterium.⁸⁴ In *MHS v. Malaysia*⁸⁵ meinte das Schiedsgericht, eine Investition i.S.d. Art. 25 ICSID sei nur gegeben, wenn der Entwicklungsbetrag beachtlich ist; ansonsten sei die Klage als unzulässig abzuweisen. Diese Komponente sei vor allem wichtig, wenn die Einwilligung vorgelagert und abstrakt erteilt wurde.⁸⁶ In solchen Fällen habe der Staat nämlich hinsichtlich der Maßnahme keine konkrete Kosten/Nutzen-Abwägung unternommen, bevor er in das ICSID Schiedsverfahren einwilligte. In *Fedax v. Venezuela*⁸⁷ ließ der Kläger dem Staat Kapital, das in Projekte des öffentlichen Interesses investiert wurde. Bei der Auseinandersetzung mit dem Begriff „Investition“ hob das Gericht folgenden Gesichtspunkt als entscheidend hervor: „*there is clearly a significant relationship between the transaction and the development of the host State*“⁸⁸. Die Tatsache, dass das geliehene Geld auch Ziele des „*fundamental public interest*“⁸⁹ förderte, unterscheide die streitgegenständliche Maßnahme von einer reinen Handelsaktivität und qualifiziere sie als Investition.

3. Beitrag zur Entwicklung als entscheidendes Merkmal einer Investition

a) Das umstrittene fünfte *Salini*-Kriterium

Wie bereits in Teil II 2 b) ee) gesehen, soll nach dem letzten *Salini*-Kriterium die Maßnahme einen positiven Beitrag für die Entwicklung des Landes leisten, um als Investition i.S.d. Art. 25 ICSID zu gelten. Diese Komponente ist sehr umstritten: Obwohl es bisher sehr wenige ICSID Aufhebungsverfahren gegeben hat, gab es hinsichtlich dieses Kriteriums zwei widersprüchliche Aufhebungsverfahren: Der Schiedsspruch in *MHS v. Malaysia* wurde aufgehoben, weil das Schiedsgericht seine Zuständigkeit mangels Vorliegen eines beachtlichen Entwicklungsbeitrages abgelehnt hatte.⁹⁰ Die Entscheidung in *Mitchell v. Congo*⁹¹ wurde dagegen aufgehoben, weil das Gericht der Frage, ob ein Entwicklungsbeitrag erforderlich ist, nicht

⁸³ *Delaume*, 1 Intl. Lawyer (1966), S. 80.

⁸⁴ *Fedax v. Venezuela*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 11, 1997, Rn.43.

⁸⁵ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, ICSID Decision on jurisdiction of May 17, 2007. Die Entscheidung wurde durch ICSID Annulment Decision of February 28, 2009 aufgehoben.

⁸⁶ *Rubins*, in: Horn (Hrsg.), Foreign Disputes, S. 300.

⁸⁷ *Fedax v. Venezuela*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 11, 1997.

⁸⁸ *Ibid*, Rn. 43

⁸⁹ *Ibid*, Rn. 42.

⁹⁰ *Malaysian Historical Salvors v Malaysia*, ICSID Annulment Decision of February 28, 2009, Rn. 148.

⁹¹ *Patrick Mitchell v. Congo*, ICSID Annulment Decision of November 1, 2006.

nachgegangen war.⁹² Die beiden Aufhebungskomitees vertraten somit entgegengesetzte Positionen hinsichtlich der Wichtigkeit eines Entwicklungsbeitrages als Merkmal einer Investition im Rahmen des Art. 25 (1) ICSID.

b) *Kritik an dem Kriterium eines Entwicklungsbeitrages*

Manche Gerichte halten das Kriterium eines Beitrages zur Entwicklung des Gaststaates für irrelevant. In *LESI v. Algeria*⁹³ wurde insoweit ausgeführt, es sei schwer festzustellen, ob ein solcher Beitrag geleistet wurde. Abgesehen davon sei dieses Kriterium ohnehin in den weiteren *Salini*-Kriterien bereits implizit enthalten:⁹⁴

„Il ne paraît en revanche pas nécessaire qu’il réponde en plus spécialement à la promotion économique du pays, une condition de toutes façons difficile à établir et implicitement couverte par les éléments retenus“. ⁹⁵

In *Phoenix v. Czech Republic*⁹⁶ wählte das Gericht aufgrund der Schwierigkeiten, den Beitrag zu bestimmen, ein weniger anspruchsvolles Kriterium.⁹⁷ Es prüfte lediglich, ob ein Beitrag zur Wirtschaft des Gastlandes geleistet wurde. Dabei solle ein solcher Beitrag vermutet werden, wenn die weiteren *Salini* Kriterien erfüllt sind.⁹⁸ Als weiteres Argument gegen das Kriterium eines Entwicklungsbeitrages wird vorgebracht, dass Gerichte weder in der Lage noch befugt seien, über das Vorliegen eines solchen Entwicklungsbeitrages zu urteilen.⁹⁹ Es sei unmöglich, einen solchen Beitrag festzustellen, zumal es keine Übereinstimmung über die Bedeutung einer Entwicklung gäbe.¹⁰⁰ Denn jeder Gaststaat habe seine eigene subjektive Auffassung dazu, was gut für seine Entwicklung ist und was nicht. ICSID Schiedsgerichten fehle auch die Legitimation hierüber zu urteilen: Aufgabe der ICSID Schiedsgerichte sei die Anwendung von Rechtsnormen, nicht hingegen die Anwendung von wirtschaftlichen, politi-

⁹² *Grisel*, OECD Global Forum on International Investment 2008, S. 2.

⁹³ *LESI v. Algeria*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 12, 2006; *Consortium LESI - DIPENTA v. Algeria*, ICSID Award of January 10, 2005.

⁹⁴ *Consortium LESI - DIPENTA v. Algeria*, ICSID Award of January 10, 2005, unter II. 1. Rn. 13.

⁹⁵ *LESI v. Algeria*, ICSID Decision on Jurisdiction of July 12, 2006, Rn. 72.

⁹⁶ *Phoenix v. Czech Republic*, ICSID Award of April 15, 2009.

⁹⁷ *Ibid*, Rn. 85.

⁹⁸ *Ibid*, Rn. 85.

⁹⁹ Prof. Stern, Konferenz 50 Years of BITs, Frankfurt am Main am 3.12.2009.

¹⁰⁰ *Phoenix v. Czech Republic*, ICSID Award of April 15, 2009, Rn. 85.

schen und Entwicklungstheorien.¹⁰¹ Auch sollten ICSID Schiedsgerichte bloße Rechtsdienstleistungen erbringen; politische und moralische Aspekte, sowie Entwicklungsfragen müssten außen vor gelassen werden, um eine ideologische Färbung zu verhindern.¹⁰² Eine solche Voraussetzung sei ohnehin nicht erforderlich, da die Staaten die Möglichkeit hätten, ihre Entwicklungsziele in den BITs niederzuschreiben und zu bestimmen, welche Investitionen besonders geschützt werden sollen. Auf diese Weise könnten Staaten aus eigener Initiative einen Entwicklungsbeitrag sicherstellen.¹⁰³ Ferner sei eine solche Auslegung teleologisch nicht geboten: Die Präambel der Konvention besage lediglich, dass Investitionen die wirtschaftliche Entwicklung fördern. Es handele sich um die rein deklaratorische Feststellung, dass ein Entwicklungsbeitrag regelmäßige Folge von Investitionen sei.¹⁰⁴ Keineswegs solle hierdurch zum Ausdruck gebracht werden, dass ein Entwicklungsbeitrag konstitutiv für den Investitionsbegriff sei.¹⁰⁵ Nach dem Schiedsgericht in *Allende v. Chile* sei es für deren Charakterisierung als Investition unerheblich, ob eine Investition tatsächlich einen Beitrag leiste, denn der Entwicklungsbeitrag sei nur eine mögliche Folge einer Investition.¹⁰⁶ Dieses Kriterium sei als Zuständigkeitskriterium nicht geeignet, weil es vorrangig auf den Effekt und nicht auf das Wesen der Maßnahme als Schutzobjekt der ICSID Konvention abstelle.¹⁰⁷ Der Entwicklungsbeitrag sei daher höchstens eine Sachfrage und keine Zuständigkeitsfrage.¹⁰⁸ Im Übrigen wird bemängelt, dieses Kriterium sei viel zu unbestimmt, um als Abgrenzungskriterium zu weiteren allgemeinen Handelsmaßnahmen dienen zu können, denn jede wirtschaftliche Betätigung, wie z. B. der Abschluss eines Kaufvertrages über Infrastrukturgüter, könne einen Beitrag zur Entwicklung leisten.¹⁰⁹ Dagegen gebe es viele klassische Investitionsaktivitäten, die gerade keinen Entwicklungsbeitrag leisten:¹¹⁰ *Mergers and Acquisitions*, die die Hälfte des jährlichen Flusses an internationalen Direktinvestitionen darstellen, würden zum Beispiel selten einen Entwicklungsbeitrag leisten, da lediglich der Anteil an bestehenden Unternehmen übernommen werde und dadurch kein Mehrwert geschaffen werde.¹¹¹

¹⁰¹ Ben Hamida, 24 (3) Journal of International Arbitration 2007, S. 297.

¹⁰² Johannsen, in: Tietje/Kraft (Hrsg.), Transnationalen Wirtschaftsrecht, S. 22.

¹⁰³ Prof. Stern, Konferenz 50 Years of BITs, Frankfurt am Main am 3.12.2009.

¹⁰⁴ *Pey Casado v. Chile*, ICSID Award of May 08, 2008, Rn. 232.

¹⁰⁵ Gaillard, in: Binder/Kreibbaum/Reinisch/Wittich (Hrsg.), Essay in Honour of Schreuer, S. 414.

¹⁰⁶ *Pey Casado v. Chile*, ICSID Award of May 08, 2008, Rn. 232.

¹⁰⁷ Johannsen, in: Tietje/Kraft (Hrsg.), Transnationalen Wirtschaftsrecht, S. 22; Wälde, in: Gehring /Cordonier Segger (Hrsg.), Sustainable Development S. 376.

¹⁰⁸ *Pey Casado v. Chile*, ICSID Award of May 08, 2008, Rn. 232.

¹⁰⁹ Juillard, *Annuaire Francais de Droit International* (1984), S. 778.

¹¹⁰ Manciaux, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 9 No. 6 (2008), Rn. 29.

¹¹¹ *Ibid*, Rn. 29.

c) *Argumente für das Kriterium eines Entwicklungsbeitrages*

aa) Historische und systematische Argumente

Die Inkorporation eines Entwicklungsbeitrages als Merkmal einer Investition wurde während der Verhandlungen zur Konvention erwogen:

„the investments to be covered by this convention should be those direct investment that facilitate the economic development of the country.“¹¹²

Ein weiterer Vorschlag setzte die Förderung des öffentlichen Wohles im Gaststaat voraus:

„Investment means a contribution of money or other capital assets (...) for an economic enterprise regarded as being of public interest in the country in which the investment has been made.“¹¹³

Aufgrund der Schwierigkeit, eine hinreichend flexible und bestimmte Definition zu finden, galt der Entwicklungsbeitrag als der gemeinsame Nenner, um aus der Vielzahl an zukünftigen wirtschaftlichen Betätigungen schutzwürdige Investitionen herauszukristallisieren.¹¹⁴ Die Notwendigkeit eines solchen Beitrages ergibt sich ferner deutlich aus dem Report der Exekutivdirektoren und der Präambel der Konvention.¹¹⁵ Der dritte Artikel der ICSID Präambel¹¹⁶ („*Recognizing that while such disputes would usually be subject to national legal processes, international methods of settlement may be appropriate in certain cases*“) zeigt, dass die ICSID Zuständigkeit nur restriktiv gegeben sein soll, während im Übrigen weiterhin die nationalen Gerichte für transnationale Investitionsstreitigkeiten zuständig sein sollen. Der Grund, weshalb nur begrenzte Formen von Aktivitäten durch das ICSID Verfahren besser geschützt werden sollen als andere transnationale wirtschaftliche Aktivitäten, liegt in ihrer Katalysatorfunktion für die Entwicklung und die Verbreitung weltweiten Wohlstands.¹¹⁷

¹¹² ICSID History, Vol. II/2, S. 705.

¹¹³ ICSID History, Vol. II/2, S. 839.

¹¹⁴ *Juillard*, *Annuaire Francais de Droit International* (1984), S. 778.

¹¹⁵ *D'Alessio*, *Jurisdictional Issues*, S. 37.

¹¹⁶ ICSID Convention (1965).

¹¹⁷ Rubins, zitiert nach: *Endicott*, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development*, S. 387.

bb) Rechtspolitische und wirtschaftliche Gründe

Eine ökonomische Investitionsdefinition stützt sich ebenfalls auf den Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gastlandes.¹¹⁸ Der Kapitalzufluss als ökonomisches Merkmal einer Investition erfasst nicht manche Formen wirtschaftlicher Betätigungen, die aus rechtspolitischen Gründen denselben Schutz wie klassische Investitionen genießen sollten. Daher sollte der Investitionsbegriff über den Kapitalzufluss hinaus auch Aktivitäten erfassen, die ohne Kapitalzufluss zur Entwicklung der Gaststaaten beitragen.¹¹⁹ Wenn hingegen *Merger and Acquisitions* grundsätzlich keinen Entwicklungsbeitrag leisten,¹²⁰ dann ist nicht ersichtlich, weshalb sie den besonderen ICSID Schutz genießen sollen, auch wenn sie gewöhnlich als Investitionen gelten.¹²¹ Die Verfasser der Konvention hätten sich damals sicherlich nicht auf den Schutz einer Investitionsform einigen können, die vom Wesen her ungeeignet ist, die Entwicklung zu fördern. Ferner soll das ICSID Verfahren einen Ausgleich zwischen den kollidierenden Interessen der Investoren und der Staaten schaffen. Die dabei zu berücksichtigenden Interessen der Staaten sind die Förderung ihrer wirtschaftlichen Entwicklung unter Vermeidung von wirtschaftlichem Neo-Kolonialismus.¹²² Diese Interessen werden nicht durch den bloßen Schutz von Investitionen erreicht, denn dieser allein reicht nicht aus, um die Entwicklung des Gastlandes zu fördern. Darüber hinaus schränkt er die Staatssouveränität ein.¹²³ Durch die Forderung eines Entwicklungsbeitrages als Komponente einer Investition wird den Interessen der Mitgliedstaaten Rechnung getragen. Eine solche Auslegung ist daher aus rechtspolitischen und wirtschaftlichen Gesichtspunkten geboten.¹²⁴

cc) Telos der ICSID Konvention

Ein solches Kriterium lässt sich ferner aus einer teleologischen Auslegung der Konvention ableiten, da die Konvention zum Ziel hat, Investitionen zu fördern und zu schützen, soweit sie zur Entwicklung des Gaststaates beitragen.¹²⁵ So formuliert *Schreuer*:

¹¹⁸ *Delaume*, Journal de Droit International (1982), S. 802.

¹¹⁹ *Delaume*, Revue de l'Arbitrage (1983), S.154.

¹²⁰ *Manciaux*, The Journal of World Investment & Trade, Vol. 9 No. 6 (2008), Rn. 29.

¹²¹ *Ibid*, Rn. 29.

¹²² *Jeżewski*, Online Proceedings Working Paper No. 51/08, S. 24.

¹²³ Vgl. Teil II § 5.

¹²⁴ *Grisel*, OECD Global Forum on International Investment 2008, S. 2.

¹²⁵ *Ibid*, S. 3; Vgl. Teil I. C.

„Therefore, it may be argued that the Convention's object and purpose indicate that there should be some positive impact on development.“¹²⁶

Durch den besonderen Schutz von ausländischen Investitionen durch die ICSID Schiedsgerichte soll eine nachhaltige Entwicklung und der Wohlstand auf der Welt gefördert werden.¹²⁷ Die MIGA-Konvention, die ebenfalls unter der Schirmherrschaft der Weltbank steht, verweist ausdrücklich auf die Komponente eines Beitrags zur wirtschaftlichen Entwicklung als Voraussetzung der Versicherbarkeit einer Investition, vgl. Art. 12 (d) MIGA¹²⁸:

“In guaranteeing an investment, the Agency shall satisfy itself as to:

(i) the economic soundness of the investment and its contribution to the development of the host country”

Eine solche Auslegung des Begriffes Investition gewährleistet, dass die Entwicklungsziele der Konvention durch ein ausgeglichenes System, das die Interessen der Investoren und des Gaststaates gleichermaßen schützt, tatsächlich erreicht werden. Nur wenn sichergestellt wird, dass die streitgegenständlichen Maßnahmen einen Entwicklungsbeitrag leisten können, ist das einseitige Klagerecht der Investoren gerechtfertigt und die ICSD handelt entsprechend ihrer ursprünglichen Zielsetzung.¹²⁹

Ferner wird durch das Verlangen nach einem Entwicklungsbeitrag als Zuständigkeitsvoraussetzung sichergestellt, dass das ICSID seine Befugnisse nicht überschreitet. Das ICSID steht unter der Schirmherrschaft der Internationalen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung (Weltbank) und soll, entsprechend der Zielsetzung der Weltbank, die Entwicklung der beteiligten Länder fördern – dies ist bei der Ausübung seiner Befugnisse zu beachten. Die umfassende Abwicklung von Streitigkeiten zwischen Staatsangehörigen eines Landes und einem anderen Staat sollte nach dem Willen der Verfasser der Konvention nicht in den Zuständigkeitsbereich der ICSID Schiedsgerichte fallen.¹³⁰

¹²⁶ Schreuer, Commentary, Rn. 88 zu Art. 25.

¹²⁷ Rubins, in: Horn (Hrsg.), Foreign Disputes, S. 300.

¹²⁸ Vgl. http://www.miga.org/news/index_sv.cfm?stid=1506&aid=1347#3 (Stand: 01.01.10).

¹²⁹ Grisel, OECD Global Forum on International Investment 2008, S. 3.

¹³⁰ ICSID History, Vol. II/1, S. 6ff.

Auch wenn man annimmt, die Präambel stelle lediglich deklaratorisch fest, Investitionen seien entwicklungsfördernd,¹³¹ so definiert sie trotzdem die Entwicklungsförderung als Ziel der Konvention. Steht fest, dass diese Prämisse – Investitionen fördern Entwicklung – nicht uneingeschränkt gilt,¹³² so muss gemäß der Zielsetzung der Konvention auf anderem Wege sichergestellt werden, dass die geschützten Investitionen zumindest potentiell einen Entwicklungsbeitrag leisten.

Dass das Kriterium eines Entwicklungsbeitrages vorrangig auf den Effekt und nicht auf das Wesen der Maßnahme abstellt,¹³³ ist dadurch bedingt, dass dieses Kriterium einer teleologischen Auslegung entspringt. Wenn die Verfasser der Konvention primär das Wesen einer Investition an sich hätten schützen wollen, hätten sie diesen Wesensgehalt definieren können. Einer Auslegung hätte es in diesem Fall nicht mehr bedurft. Der Präambel der Konvention ist zu entnehmen, dass die wirtschaftliche Entwicklung und Kooperation durch Privatinvestitionen gesteigert werden soll.¹³⁴ Daraus ergibt sich, dass die Verfasser jene Maßnahmen schützen wollten, die einen entwicklungsfördernden Effekt haben. Folgerichtig orientiert sich eine teleologische Definition an den Effekten der zu qualifizierenden Maßnahmen.

dd) Praktische Durchführbarkeit

(1) Quantifizierbarkeit eines Entwicklungsbeitrages

Der Einwand, dieses Kriterium sei in der Praxis kaum handhabbar, erweist sich als übertriebener Pragmatismus. Die entscheidende Frage ist vielmehr, ob ein solches Kriterium nach dem *Telos* der Konvention erforderlich ist. Dass ein solcher Beitrag sehr wohl quantifizierbar ist, zeigt das Beispiel der MIGA, die Investitionsprojekte einer solchen Prüfung unterzieht und über bewährte Quantifizierungsmechanismen verfügt.¹³⁵ Weitere Quantifizierungsmethoden werden unter III 3 e) dargelegt.

¹³¹ Gaillard, in: Binder/Kreibaum/Reinisch/Wittich (Hrsg.), Essay in Honour of Schreuer, S. 414; *Pey Casado v. Chile*, ICSID Award of May 08, 2008, Rn. 232.

¹³² Vgl. Teil II § 5 III.

¹³³ Johannsen, in: Tietje/Kraft (Hrsg.), Transnationalen Wirtschaftsrecht, S. 22.

¹³⁴ Präambel der ICSID Convention (1965).

¹³⁵ “the Agency will limit its guarantees to sound investments. It should satisfy itself that the investment concerned will contribute to the economic and social development of the host country, comply with the laws and regulations of that country, and be consistent with the country’s declared development objectives.”; MIGA, Commentary on the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, Rn..21

(2) Unvorhersehbarkeit

Es trifft zu, dass die Charakterisierung eines Projektes als Investition vom Zufall abhängig und unvorhersehbar wäre, würde man einen konkreten Entwicklungsbeitrag als Zuständigkeitsvoraussetzung fordern. Daher soll es ausreichen, dass ein Projekt potentiell einen Entwicklungsbeitrag leisten kann. Eine solche Potentialität ist nämlich in dem Projekt selbst angelegt, so dass seine Charakterisierung als Investition nicht von externen nachträglichen Tatsachen abhängt. Die Charakterisierung eines Projektes als Investition i.S.d. Art. 25 (1) ICSID ist somit nicht willkürlich (dazu III 3 e).

(3) Konkret-individuelle Bestimmung eines Entwicklungsbeitrages

Das Investitionsschutzsystem beruht auf der Prämisse, Investitionen seien an sich *in abstracto* entwicklungsfördernd. Angesichts dessen erscheint es wenig überzeugend zu behaupten, ein Entwicklungsbeitrag sei *in concreto* nicht quantifizierbar. Denn die Entwicklungsdimension einer Maßnahme lässt sich konkret-individuell im Rahmen eines ICSID Verfahrens leichter feststellen als abstrakt-generell bei Abschluss von BITs.

(4) Formal juristische Herangehensweise

Das Argument, Schiedsgerichte könnten nur juristische Fragen beantworten, die Quantifizierung des Beitrages sei jedoch eine wirtschaftliche und sozialpolitische Beurteilung, die den Kompetenzbereich der Schiedsrichter übersteigt, ist formaljuristisch und überzeugt nicht: im Rahmen der Begründetheit der Klagen müssen ICSID Schiedsgerichte regelmäßig viel komplexere Beurteilungen von sozialen und wirtschaftlichen Belangen vornehmen; teilweise müssen sie sogar politische Entscheidungen überprüfen.¹³⁶ Der Einwand, das Ziel des ICSID Verfahrens sei die Schaffung eines Forums, das Rechtsnormen und nicht wirtschaftliche und Entwicklungstheorien anwendet,¹³⁷ um Investitionsstreitigkeiten zu entpolitisieren¹³⁸, ist abzulehnen. Ziel der Konvention war tatsächlich, Investitionsstreitigkeiten durch die Schaffung eines apolitischen Forums zu entpolitisieren. Damit war indes nur gemeint, dass das ICSID Verfahren den „politischen“ diplomatischen Schutz ablösen soll.¹³⁹ Dies bedeutet hingegen nicht, dass die Schiedsrichter nur rein rechtliche Erwägungen treffen dürfen und zu bloßen Rechtsdienstleistern¹⁴⁰ werden sollen. Ebenso abzulehnen ist das Argument, die

¹³⁶ So prüften z. B. die Gerichte in den Argentinien-Fälle, ob Maßnahmen des Staates zur Bekämpfung der Wirtschaftskrise wirtschaftlich geboten war. Vgl.: *CMS v. Argentina*, ICSID Award of May 12, 2005, Rn. 323-324.

¹³⁷ *Ibid*, S. 297

¹³⁸ *Ben Hamida*, 24 (3) *Journal of International Arbitration* 2007, S. 297.

¹³⁹ *Shihata*, 1 ICSID Rev. (1986), S. 1ff.

¹⁴⁰ *Johannsen*, in: Tietje/Kraft (Hrsg.), *Transnationalen Wirtschaftsrecht*, S. 22.

ICSID Schiedsgerichte sollten wegen der sonst bestehenden Gefahr einer ideologischen Färbung bloße Rechtsdienstleistungen erbringen.¹⁴¹ Eine formal-juristische Anwendung von Rechtsnormen ist nur möglich, wenn überhaupt kein Auslegungs- und Ermessensspielraum besteht. Sobald Normen auslegungsbedürftig sind und ein Ermessen besteht, können sie nicht unabhängig von ihrer zugrundeliegenden wirtschaftlichen, sozialen und politischen Dimension angewandt werden. ICSID Schiedsgerichte, die am Maßstab auslegungsbedürftiger Normen staatliche Maßnahmen überprüfen müssen, können und sollten nicht rein formal-juristische Rechtsdienstleistender sein, denn das ICSID wurde als Institution der Weltbank mit der Wahrnehmung spezifischer Ziele betraut. Schiedsgerichte müssen daher die Kompetenz und Fähigkeit besitzen, den Entwicklungsauftrag der ICSID Konvention zu erfüllen und den gemeinsamen Willen ihrer Mitgliedsstaaten durchzusetzen. Ferner zeigt die Praxis anderer internationaler Streitbeilegungsmechanismen, dass internationale Gerichte sehr wohl wirtschaftliche, sozialpolitische und ökologische Beurteilungen anstellen können.¹⁴²

(5) Weitere Salini-Kriterien als Indikatoren eines Entwicklungsbeitrages

Das Argument des Schiedsgerichts in *LESI v. Algeria*, ein Entwicklungsbeitrag sei entbehrlich, weil er schwer feststellbar und ohnehin in den weiteren *Salini*-Kriterien bereits implizit enthalten sei,¹⁴³ erscheint widersprüchlich: Wenn das Vorliegen der weiteren *Salini*-Kriterien ausreichte, um den Nachweis eines Entwicklungsbeitrages zu erbringen, dann wäre ein solcher Nachweis leicht zu erbringen. Sicherlich ist richtig, dass die Beitragskomponente in den weiteren *Salini*-Kriterien in der Regel enthalten ist, Aber hieraus kann allenfalls der Schluss gezogen werden, die weiteren *Salini*-Kriterien seien überflüssig. Demgegenüber kann nicht gefolgert werden, dass ein Entwicklungsbeitrag entbehrlich ist.

d) Beitrag zur Entwicklung als alleiniges Merkmal einer Investition

Es wurde in III 2 b) dargestellt, dass die weiteren *Salini*-Kriterien nicht immer als Investitionskriterien geeignet sind. Das Kriterium der Dauer ist unbestimmt und willkürlich.¹⁴⁴ Eine Beteiligung, die zu einem Gewinn führt, ist als eigenständiges Kriterium neben dem Entwick-

¹⁴¹ *Ibid.*, S. 22.

¹⁴² *Cordonier-Segger*, in: Gehring/Cordonier-Segger (Hrsg.), *Sustainable Development*, S. 133ff. mit Hinweisen u. a. auf die International Court of Justice und WTO Dispute Settlement.

¹⁴³ *Consortium L.E.S.I. v. Algeria*, ICSID Award of January 10, 2005, unter II. 1. Rn. 13.

¹⁴⁴ *Manciaux*, *The Journal of World Investment & Trade*, Vol. 9 No. 6 (2008), Rn. 20; *Pantechniki v. Albania*, ICSID Award of July 30, 2009, Rn. 36.

lungsbeitrag überflüssig. Das Kriterium der Risikoträchtigkeit ist zu weit, um als Abgrenzungsmerkmal zu dienen. Dies gilt umso mehr, als ein investitionsspezifisches Risiko lediglich eine tautologische Umschreibung einer Investition ist. Das Kriterium verstößt ferner beträchtlich gegen den Parteiwillen.¹⁴⁵

Soweit vorgebracht wird, auf die Feststellung eines Entwicklungsbeitrages könne verzichtet werden, da ein solcher bereits in den weiteren *Salini*-Kriterien bereits implizit enthalten sei,¹⁴⁶ erscheint dies aus teleologischer Sicht unzutreffend: es liegt näher, dass umgekehrt die *Salini*-Kriterien lediglich Ausdruck eines Investitionsbegriffes sind, der darauf ausgerichtet ist, zur Entwicklung anderer Länder beizutragen. Die weiteren *Salini*-Kriterien sind daher für die Investitionsdefinition nur insoweit relevant, als ihr Vorliegen dazu führt, dass eine Maßnahme entwicklungsfördernd ist.¹⁴⁷ Sie können daher als Umschreibung einer entwicklungsfördernden Investition im Rahmen der Bestimmung eines Entwicklungsbeitrages dienen. Darüber hinaus haben sie jedoch keine weitere eigenständige Funktion bei einer teleologischen Auslegung einer Investition. Diese Ansicht findet eine Stütze in der Entscheidung *CSOB v. Slovak Republic*. Dort interpretierte das Schiedsgericht die Präambel der Konvention folgendermaßen:

„This language permits an inference that an international transaction which contributes to cooperation designed to promote the economic development of a Contracting State may be deemed to be an investment as that term is understood in the Convention”.¹⁴⁸

Danach soll eine Aktivität bereits dann, aber auch nur dann, als Investition qualifiziert werden, wenn sie fördernd für die Entwicklung des Gastlandes ist. Der Begriff „Investition“ ist nicht formaljuristisch auszulegen. Die Konvention schützt vielmehr nach ihrem *Telos* all das, was zur Entwicklung des Landes beiträgt. So heißt es weiter:

„This undertaking involved a significant contribution by CSOB to the economic development of the Slovak Republic; it qualified CSOB as an investor and the entire

¹⁴⁵ *Mihaly v. Sri Lanka*, ICSID Award of March 15, 2002, Rn. 51.

¹⁴⁶ *Consortium L.E.S.I. - DIPENTA v. Algeria*, ICSID Award of January 10, 2005, unter II. 1. Rn. 13.

¹⁴⁷ So im Ansatz: *Phoenix v. Czech Republic*, ICSID Award of April 15, 2009, Rn. 85.

¹⁴⁸ *CSOB v. Slovak Republic*, ICSID Decision on Jurisdiction of May 24, 1999, Rn. 88.

process as an investment in the Slovak Republic within the meaning of the Convention“.¹⁴⁹

Im Ergebnis sind die weiteren Salini-Kriterien daher für eine Investition nur insoweit relevant, als sie in der Regel das Vorliegen eines Entwicklungsbeitrages indizieren. Darüber hinaus sind sie aber im Rahmen der Definition einer Investition i.S.d. Art. 25 ICSID als eigenständige Investitionskriterien nicht erforderlich. Entscheidend für ihre Charakterisierung als Investition i.S.d. Art. 25 ICSID ist daher allein die Tatsache, dass eine Maßnahme die Entwicklung des Gastlandes fördert.

e) Umsetzung der Komponente Entwicklungsbeitrag im Rahmen des Art. 25 (1) ICSID

aa) Umsetzung in der bisherigen Praxis der ICSID Schiedsgerichte

In der Schiedspraxis, die im Rahmen des *Salini*-Tests einen solchen Beitrag fordert, ist weitgehend unklar, wie dieser Entwicklungsbeitrag gemessen werden soll. Insbesondere besteht keine Einigkeit darüber, ob er tatsächlich oder potentiell geleistet werden muss, und ob er sich objektiv oder subjektiv bestimmen lässt.

(1) Objektive oder subjektive Betrachtung

Bei einer objektiven Beurteilung wird anhand objektiver Kriterien (z. B. Verbesserung der Produktivität und Einkommensverteilung im Gastland, Diversifizierung der wirtschaftlichen Aktivität im Gastland oder Technologietransfer) geprüft, ob eine Maßnahme einen Entwicklungsbeitrag leistet. Bei einer subjektiven Beurteilung wird dagegen die Übereinstimmung des Projektes mit dem Recht und den Entwicklungszielen des Gaststaates untersucht.¹⁵⁰ Manche Mechanismen verlangen, dass ein Projekt kumulativ, sowohl objektiv als auch subjektiv, einen Entwicklungsbeitrag leistet.¹⁵¹

Aus denselben Gründen, die gegen die subjektive Bestimmung des Investitionsbegriffes durch die Parteien sprechen,¹⁵² und aufgrund der spezifischen Zuständigkeit der ICSID Schiedsgerichte ist das Vorliegen eines Entwicklungsbeitrages nicht subjektiv, sondern objektiv zu be-

¹⁴⁹ *Ibid*, Rn. 88.

¹⁵⁰ *Ben Hamida*, 24 (3) *Journal of International Arbitration* 2007, S. 297.

¹⁵¹ Z. B.: MIGA; vgl. III. 5 b).

¹⁵² Vgl. B. V.

stimmen. Eine subjektive Herangehensweise würde Rechtsunsicherheit mit sich bringen, da die Entwicklungsziele des Staates oft nicht genau feststellbar sind, sich schnell wandeln können¹⁵³ und im ICSID Verfahren in der Regel nur der beklagte Staat Auskunft über diese Ziele geben kann. Ferner würde eine subjektive Betrachtung letztendlich dazu führen, dass der Staat selbst bestimmen kann, was eine Investition ausmacht, indem er seine Entwicklungsziele dementsprechend formuliert. Dadurch wäre das Gleichgewicht des Investitionsschutzsystems gefährdet. Die Entwicklungsziele allein sollten daher nicht bestimmen können, was eine Investition ausmacht. Vielmehr stellen sie lediglich ein Indiz für einen objektiv zu bestimmenden Entwicklungsbeitrag dar: So kann etwa die Festsetzung von Entwicklungszielen in einem Investitionsvertrag mit dem Investor ein starkes Indiz für das Vorliegen einer Investition im Sinne einer objektiven Definition sein.

(2) Bestimmtheit des Beitrages

Es ist umstritten, wie bestimmt der Entwicklungsbeitrag sein soll. Das *Ad hoc*-Komitee in *Patrick Mitchell v. Congo*¹⁵⁴ meinte, der Entwicklungsbeitrag sei zwar eine essentielle Voraussetzung einer Investition, jedoch müsse er nicht unbedingt erfolgreich oder konkret messbar sein.¹⁵⁵ Das Konzept der wirtschaftlichen Entwicklung sei ein extrem weiter, flexibler und vom Einzelfall abhängiger Begriff.¹⁵⁶ Auch sei es nicht Aufgabe der Gerichte, diesen Beitrag zu werten.¹⁵⁷ Es müsse nur feststehen, dass irgendein Beitrag geleistet wurde. Diese Argumentation wurde in der Entscheidung *MHS v. Malaysia*¹⁵⁸ weitergeführt, die allerdings später aufgehoben wurde.

Gegen diese flexible Herangehensweise spricht, dass man eine strikte Zuständigkeitsvoraussetzung nicht mit einer einzelfallbezogenen, inhaltsleeren Einschätzung definieren kann. Vielmehr bedarf es einer objektiven, allgemeingültigen Formel. Der unbestimmte Begriff einer Investition würde andernfalls lediglich durch den gleichwohl unbestimmten Begriff des Entwicklungsbeitrages ersetzt werden.¹⁵⁹ Auf der anderen Seite erscheint eine allzu konkrete Beurteilung schwierig, zeit- und geldintensiv. Ferner hängt die konkrete entwicklungsfördernde Wirkung auch von Umständen ab, die außerhalb der Investition liegen und vom Investor nicht beeinflusst werden können. Ein Projekt kann durchaus vom Ansatz her entwick-

¹⁵³ *Ben Hamida*, 24 (3) *Journal of International Arbitration* 2007, S. 296ff.

¹⁵⁴ *Patrick Mitchell v. Congo*, ICSID Annulment Decision of November 1, 2006.

¹⁵⁵ *Ibid*, Rn. 33: "contribution muss (not) always be sizable or successful"

¹⁵⁶ *Ibid*, Rn. 33

¹⁵⁷ *Ibid*, Rn. 33: "...of course ICSID tribunals do not have to evaluate the real contribution of the operation in question"

¹⁵⁸ *Malaysian Historical Salvors v. Malaysia*, ICSID Decision on jurisdiction of May 17, 2007.

¹⁵⁹ *Ben Hamida*, 24 (3) *Journal of International Arbitration* 2007, S. 295ff.

lungsfördernd sein, aber aufgrund nicht projektbezogener Umstände diese Wirkung im konkreten Fall nicht entfalten. Solche Umstände dürfen keinen Einfluss auf die Charakterisierung der Maßnahme als Investition haben. Alles andere liefe darauf hinaus, dass einem Kläger unter dem Vorwand, es liege keine Investition i.S.d. Art. 25 (1) vor, der Rechtsschutz verweigert werden könnte, wenn aufgrund der ergriffenen Maßnahme des Staates oder anderer externer Faktoren seine Aktivität ihre entwicklungsfördernde Wirkung nicht entfalten kann. Dies wäre widersinnig.

Überzeugend erscheint es daher, das Vorliegen eines Entwicklungsbeitrages lediglich abstrakt zu beurteilen. Nach dieser Ansicht muss der Kläger lediglich darlegen, dass seine Investition potentiell geeignet ist, einen positiven Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung des Landes zu leisten. Indizien für eine solche Geeignetheit sind: wenn nach anerkannten wirtschaftswissenschaftlichen Grundsätzen die Maßnahme einen positiven Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung des Landes leisten kann,¹⁶⁰ wenn die weiteren *Salini*-Kriterien vorliegen,¹⁶¹ wenn in einem Investitionsvertrag zwischen Gaststaat und Investor festgesetzten Entwicklungsziele erreicht wurden oder wenn *Performance Requirement* Klauseln des Staates beachtet wurden.

bb) Methoden zur Quantifizierung von Entwicklungsbeiträgen

Es besteht bereits seit langem eine Praxis, Maßnahmen auf ihren wirtschaftlichen, sozialen oder ökologischen Einfluss zu untersuchen. Es haben sich eigenständige Bewertungsmethoden zu diesem Zweck etabliert.¹⁶² Ein Beispiel sind Verfahren zur ökologischen Bilanzierung von Projekten. Solche Umweltverträglichkeitsprüfungen (*Environmental Assessments*) werden u.a. bei der Vergabe von Krediten durch die Weltbank für größere Projekte angewendet.¹⁶³ Ein diesbezüglich vergleichsweise neuer Ansatz ist es, wirtschaftliche, soziale und ökologische Einflüsse im Zusammenhang zu betrachten. Gleichwohl bestehen Modelle, die eine Gesamtbewertung der wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Faktoren, welche Grundlage für eine nachhaltige Entwicklung sind, ermöglichen.

¹⁶⁰ Johannsen, in: Tietje/Kraft (Hrsg.), Transnationalen Wirtschaftsrecht, S. 33.

¹⁶¹ Ähnlich: *Phoenix v. Czech Republic*, ICSID Award of April 15, 2009, Rn. 85.

¹⁶² *Kirkpatrick/Lee/Morrissey*, Phase One Report, i.

¹⁶³ *Gehring*, Nachhaltigkeit, S. 52.

(1) MIGA

Die MIGA verfügt über einen bewährten Quantifizierungsmechanismus von Entwicklungsbeiträgen.¹⁶⁴ Im Gegensatz zu nationalen Exportversicherern ist ihr primäres Ziel nicht die Förderung nationaler Exporte, sondern die Entwicklungsförderung.¹⁶⁵ Sie vergibt daher nur Garantien an Investitionsprojekte, die „*financially and economically viable, environmentally sound, and consistent with the labor standards and development objectives of the country*“¹⁶⁶ sind. Im Rahmen der Prüfung der Förderungswürdigkeit eines Projektes wird sichergestellt, dass die wirtschaftlichen Interessen der Investoren nicht mit den Entwicklungszielen der Gastländer kollidieren.¹⁶⁷ Darüber hinaus wird verlangt, dass das Projekt einen objektiven Beitrag zur ökonomischen und sozialen Entwicklung des Landes leistet.¹⁶⁸ Dabei wird untersucht, ob es geeignet ist, im Gaststaat Einkommen zu generieren, die Produktivität und die Einkommensverteilung zu verbessern, die wirtschaftliche Aktivität zu diversifizieren, den Arbeitsmarkt zu fördern oder Technologien zu transferieren.¹⁶⁹ In ihrem Bericht *Review of Development Effectiveness* bewertet die MIGA zum einen *ex-post* die Entwicklungserfolge der von ihr finanzierten Projekte, zum anderen *ex-ante* das Entwicklungspotenzial zukünftiger Projekte.¹⁷⁰ Dieses Bewertungsverfahren bemisst die Erfolge bzw. das Potenzial eines Projektes an folgenden Maßstäben: *Business Performance* (z.B.: Bilanz für die Kapitalgeber), *Contribution to Economic Sustainability* (z.B.: Nettoeffekt des Projektes auf die Wirtschaft und die Lebensqualität im Gaststaat), *Environmental, Health and Safety Effects* (z.B.: Wirkung auf die Umwelt, die Gesundheit und Sozialstandards) und *Private Sector Development Impact* (z.B.: Freisetzung inländischer Kapazitäten, Modellfunktion für lokale Unternehmen).¹⁷¹ Darüber hinaus verlangt die MIGA als Bedingung für die Erteilung einer Garantie die Einhaltung von spezifischen *Performance Standards*. Die Einhaltung dieser Standards soll

¹⁶⁴ “the Agency will limit its guarantees to sound investments. It should satisfy itself that the investment concerned will contribute to the economic and social development of the host country, comply with the laws and regulations of that country, and be consistent with the country’s declared development objectives.”; MIGA, Commentary on the Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency, Rn..21.

¹⁶⁵ *Shihata*, in: Berger/Bredow/Briner/Fortier (Hrsg.), *Liber Amicorum* Böckstiegel, S. 747.

¹⁶⁶ MIGA, Investment Guarantee Guide, S. 4.

¹⁶⁷ *Protosaltis*, 53 *Revue Hellénique de Droit International* (2000), S. 139.

¹⁶⁸ *Juillard*, *Annuaire Francais de Droit International* (1986); *Shihata*, Investment Guarantee, S. 220.

¹⁶⁹ Par. 3.06 Operational Regulations of MIGA:

“In determining whether an Investment Project will contribute to the development of the Host Country, the Underwriting Authority shall have regard to such factors as the Investment Project’s potential to generate revenues for the Host Country; the contribution of the Investment Project to maximizing the Host Country’s productive potential, and in particular to producing exports or import substitutes and reducing vulnerability to external economic changes; the extent to which the Investment Project will diversify economic activities, expand employment opportunities and improve income distribution; the degree to which the Investment Project will transfer knowledge and skills to the Host Country (...).

¹⁷⁰ MIGA, Development Effectiveness.

¹⁷¹ *Ibid*, S. 3.

die Nachhaltigkeit und den Entwicklungsbeitrag des Projektes vergrößern.¹⁷² Zwar sind ICSID und MIGA zwei Mechanismen, die aufgrund ihrer unterschiedlichen Schutzrichtung verschiedene Investitionsdefinition erfordern¹⁷³, allerdings zeigt die Vergabepaxis der MIGA, die an die Leistung eines Entwicklungsbeitrages anknüpft, dass die Quantifizierung eines Entwicklungsbeitrages nicht *per se* unmöglich ist.

(2) Nationale Exportversicherungen

Nationale Exportkreditversicherungen verfolgen neben der Förderung der betreffenden Volkswirtschaft auch Entwicklungsziele: Die Exportversicherung der vereinigten Staaten OPIC (*Overseas Private Investment Corporation*) bemisst ebenfalls den Entwicklungsbeitrag der von ihr geförderten Projekte und hat dafür ein *Development Impact Assessment* Modell entwickelt.¹⁷⁴ Verschiedene Entwicklungsindikatoren wie z.B. der Aufbau eines privaten Sektors werden gemäß ihrer Wichtigkeit für die wirtschaftliche und soziale Entwicklung des Gastlandes anhand einer Matrix bewertet. Durch unterschiedliche Gewichtungsmöglichkeiten können die Besonderheiten des Gastlandes und des Projektes berücksichtigt werden. Dieses Matrixsystem wurde auf der Basis von vergleichenden empirischen Analysen von Ländern und Wirtschaftssektoren entwickelt und kann aufgrund seiner Flexibilität aktuelle „*policy priorities*“ berücksichtigen.¹⁷⁵ Letztendlich wird für jedes Projekt ein *Development Impact Profile (DIP)* bestimmt, das dessen potentiellen Entwicklungseinfluss anhand quantitativer (z.B. Schaffung von Arbeitsplätzen, Stimulierung der lokalen Wirtschaft) und qualitativer (z.B. Technologietransfer, Verbesserung der Infrastrukturen) Maßstäbe bewertet.¹⁷⁶ Die deutsche Exportkreditgarantie fördert keine Projekte, die mit schwerwiegenden negativen ökologischen, sozialen oder entwicklungspolitischen Konsequenzen verbunden sind. Die Einhaltung gewisser Leitlinien wird daher bei der Antragsprüfung sichergestellt.¹⁷⁷

(3) WTO - UN

Im Rahmen der WTO spielen Nachhaltigkeitsgesichtspunkte und ihre Bewertung vor allem seit der 4. Konferenz der WTO-Handelsminister in Doha 2001 eine wichtige Rolle.¹⁷⁸ Seitdem wurde grundlegend untersucht, welche Möglichkeiten von Nachhaltigkeitsprüfungen

¹⁷² Vgl: http://www.miga.org/policies/index_sv.cfm?stid=1652 (Stand: 01.01.10).

¹⁷³ Fedax v. Venezuela, ICSID Decision on Jurisdiction of July 11, 1997, Rn. 27.

¹⁷⁴ OPIC, Development Update, S. 1.

¹⁷⁵ *Ibid*, S. 2.

¹⁷⁶ *Ibid*, S. 14ff.

¹⁷⁷ IMA, Leitlinien für die Berücksichtigung von ökologischen, sozialen und entwicklungspolitischen Gesichtspunkten bei der Übernahme von Exportkreditgarantien des Bundes vom 26. April 2001; OECD, Recommendation on Common Approaches on Environment and Officially Supported Export Credits vom 18. Dezember 2003.

¹⁷⁸ Gehring, Nachhaltigkeit, S. 1.

bestehen und inwieweit diese auf das WTO System übertragen werden können,¹⁷⁹ sei es um die Handelspolitik der WTO Mitgliedstaaten unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten zu bewerten, sei es um in Welthandelsregelungen integriert zu werden. Auch von institutioneller Seite wurden Maßnahmen ergriffen, um den Einfluss der Handelsliberalisierung auf eine nachhaltige Entwicklung festzustellen. UN Gremien, wie das *United Nations Environment Programme*¹⁸⁰, das *United Nations Development Programme*¹⁸¹ oder die *United Nations Conference on Trade and Development*¹⁸² beschäftigen sich eingehend mit dieser Frage.¹⁸³ Die Europäische Kommission hat 1999 in Vorbereitung auf die WTO *Millennium Round* in Seattle eine umfangreiche Studie über den Einfluss der Handelsliberalisierung auf die nachhaltige Entwicklung in Auftrag gegeben.¹⁸⁴ Dabei wurden von einer Forschergruppe des *Institute for Development Policy and Management* verschiedene Bewertungsmethoden eines Nachhaltigkeitsbeitrags dargestellt und ein Modell vorgeschlagen.¹⁸⁵ Dieses Modell bemisst die Nachhaltigkeit anhand von wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Indikatoren. Kriterien, die hierbei berücksichtigt werden, sind das Durchschnittsrealeinkommen, die Beschäftigungsart, Verteilungsgesichtspunkte, Gesundheitsaspekte oder ökologische Belange wie die Umweltqualität und Biodiversität.¹⁸⁶

(4) ACP Sustainability Impact Assessment

Durch den Abschluss von *Economic Partnership Agreements* zwischen der europäischen Gemeinschaft und den ACP Ländern (*African, Caribbean and Pacific States*) soll Entwicklung durch Handelsintegration gefördert werden. Im Vorfeld hat die Kommission der Prüfungs- und Beratungsgesellschaft *PriceWaterhouseCoopers* den Auftrag gegeben, die wirtschaftlichen, ökologischen und sozialen Wirkungen solcher Abkommen zu untersuchen. Daraus entstand das *ACP Sustainability Impact Assessment*¹⁸⁷, das Vorschläge beinhaltet, wie die Förderung einer wirtschaftlichen, sozialen und nachhaltigen Entwicklung in *Economic Partnership Agreements* vorgenommen werden kann.¹⁸⁸

¹⁷⁹ *Ibid*, S. 1ff, 211

¹⁸⁰ <http://www.unep.org/> (Stand: 01.01.10).

¹⁸¹ <http://www.undp.org/> (Stand: 01.01.10).

¹⁸² <http://www.unctad.org/> (Stand: 01.01.10).

¹⁸³ *Stilwell*, in: Gehring/Cordonnier Segger (Hsg.), *Sustainable Development*, S.71

¹⁸⁴ *Gehring*, *Nachhaltigkeit*, S. 162ff.

¹⁸⁵ *Kirkpatrick/Lee/Morrissey*, *Phase One Report und Phase Two Report*.

¹⁸⁶ *Gehring*, *Nachhaltigkeit*, S. 167.

¹⁸⁷ <http://www.sia-acp.org/acp/uk/index.php>; (Stand: 01.01.10).

¹⁸⁸ <http://ec.europa.eu/trade/wider-agenda/development/sustainability-impact-assessments/assessments/#study-1> (Stand: 01.01.10).

(5) Privater Sektor

Auch im privaten Bereich spielt die soziale Bewertung von Projekten eine Rolle: Sozialen Initiativen, wie *Non-Profit-Organisationen*, aber insbesondere auch der an Bedeutung gewinnenden *Social Entrepreneurship*-Bewegung, geht es verstärkt darum, ihre soziale Wirkung zu messen und vergleichbar zu machen.¹⁸⁹ Bei der Beurteilung sozialer Initiativen, deren Ziel die Lösung eines sozialen Problems und nicht die Gewinnerwirtschaftung ist, greifen finanzielle Indikatoren zur Erfolgsmessung zu kurz.¹⁹⁰ Investoren sind primär an der erfolgreichen Förderung eines sozialen Zwecks interessiert.¹⁹¹ Daher wurden Methoden entwickelt, die die sozialen Effekte einer Maßnahme messen.¹⁹² *Social Return on Investment*¹⁹³ ist eine solche Methode, die den Ertrag sozialer Investitionen misst. Sie lässt sich sowohl für soziale Organisationen als auch für Unternehmen anwenden. Demnach kreiert jedes Unternehmen ökologische, soziale und ökonomische Werte, die positiv oder negativ sein können. Die Gesamtheit all dieser Werte ist der gemischte Wert (*blended value*) eines Unternehmens.¹⁹⁴ Dieser wird anhand des sogenannten „*Impacts*“ (und nicht des reinen Ertrages) des Unternehmens in verschiedenen Bereichen gemessen.¹⁹⁵ Diese Bemessungsmethode hat sich z.B. beim Entwicklungsfonds etabliert.¹⁹⁶ Das *Sustainability Reporting Framework* der *Global Reporting Initiative*¹⁹⁷ geht von einer anderen Prämisse aus und stellt Unternehmen einen Leitfaden bereit, wodurch sie ihre Nachhaltigkeit und soziale Verantwortung, z.B. im Rahmen eines ICSID Schiedsverfahrens, ausweisen können.

(6) Fazit

Es bestehen vielfältige Möglichkeiten, einen Entwicklungsbeitrag in seiner wirtschaftlichen, sozialen und ökologischen Dimension *ex ante* oder *ex post* zu bemessen, um ihn im Rahmen eines gerichtlichen Verfahrens zu berücksichtigen. Manche Methoden gehen global vor, indem z.B. der Einfluss von Handelsliberalisierungsmaßnahmen auf eine nachhaltige Entwicklung gemessen wird. Andere gehen projektbezogen vor und untersuchen punktuell den Einfluss einer bestimmten Aktivität oder Investition. Teilweise werden spezifisch Investitionen bewertet, teilweise erfassen die Quantifizierungsmechanismen wirtschaftliche Aktivitäten im

¹⁸⁹ Scholten P., Social Return on Investment, S. 1.

¹⁹⁰ Auch Staaten streben bei der Vergabe von Subventionen meist neben wirtschaftliche auch soziale oder rechtspolitische Ziele an. Ein effizienter Staat sollte daher auch überprüfen, inwieweit und zu welchem Preis diese Ziele erreicht werden.

¹⁹¹ Achleitner/Bassen/Roder, Social Entrepreneurship, S. 3.

¹⁹² *Ibid.*, S. 1ff., 8.

¹⁹³ <http://www.socialevaluator.eu/Default.aspx> (Stand: 01.01.10).

¹⁹⁴ Scholten, Social Return on Investment, S. 2.

¹⁹⁵ *Ibid.*, S. 4

¹⁹⁶ z.B. bei dem Roberts Enterprise Development Fund: <http://www.redf.org> (Stand: 01.01.10).

¹⁹⁷ <http://www.globalreporting.org/ReportingFramework> (Stand: 01.01.10).

Allgemeinen, wie z.B. Handelsmaßnahmen oder Maßnahmen im Rahmen der WTO. Die WTO und das Investitionsschutzsystem verfolgen teilweise ähnliche Ziele: durch Handel bzw. Investitionen und Staatsouveränitätseinschränkungen soll auf internationaler Ebene die Entwicklung gefördert werden. Die vorgestellten Bewertungsmaßnahmen lassen sich daher aufgrund ähnlicher Bezugsobjekte bzw. Zielsetzungen auf das ICSID Verfahren anpassen und anwenden.

cc) Sicherstellung von Entwicklungsbeiträgen durch internationale Gerichte

Ferner findet man Beispiele der verfahrensrechtlichen Sicherstellung eines Entwicklungsbeitrages durch internationale Gerichte: Mit dem Fall *Gabcikovo-Nagymaros*¹⁹⁸ fand das Konzept der nachhaltigen Entwicklung Eingang in die Rechtsprechung des Internationalen Gerichtshofes (IGH).¹⁹⁹ Auch in Entscheidungen des *WTO Appellate Body*²⁰⁰ und des *Permanent Court of Arbitration*²⁰¹ werden regelmäßig Nachhaltigkeitserwägungen angestellt und manchmal Nachhaltigkeitsprüfungen durchgeführt.²⁰² Auf *Economic Development Agreements*²⁰³ zwischen Staaten und Privaten wird ein besonderes juristisches Regime angewandt (Internationalisierung des Vertrages), weil diese Verträge die Entwicklung des Gaststaates fördern.²⁰⁴ Der Staat sei für diesen Beitrag bereit, sich einschränkenden Regeln des Völkerrechts zu unterwerfen.²⁰⁵ Eine ähnliche Vorgehensweise wurde in einem ICSID Fall bei der Prüfung des nach Art. 42 ICSID anwendbaren Rechts angedeutet.²⁰⁶ In *Revere Copper v. OPIC*²⁰⁷ wurde ein Vertrag, der in den Worten des Schiedsgerichts “*a real importance in the development of the country*“²⁰⁸ hatte, einem besonderen juristischen Regime unterstellt. In *Texaco v. Libya*²⁰⁹ wurde ein *Economic Development Agreement* internationalisiert, weil die Partei an der Realisierung des wirtschaftlichen und sozialen Fortschritts des Gaststaates teilhatte.²¹⁰ *Economic Development Agreements* stellen aufgrund ihrer entwicklungsfördernden Natur und Zielsetzung, unabhängig vom Willen der Parteien,

¹⁹⁸ *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, ICJ Judgment of 25 September 1997, Rn. 140.

¹⁹⁹ *Kentin*, in: Schrijver (Hrsg.), *Principle and Practice*, S. 309.

²⁰⁰ z. B.: *United States - Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products*, 6 Nov. 1998, WTO.

²⁰¹ z. B.: *The Iron Rhine Arbitration*, Hague Permanent Court of Arbitration, Award of 2005.

²⁰² Siehe auch: *Cordonier Segger*, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development*, S. 133ff..

²⁰³ Vgl. Teil I. A. IV.

²⁰⁴ *Revere Copper v. OPIC*, 56 I.L.R., S.272.

²⁰⁵ *Ibid*, S.284.

²⁰⁶ *Klöckner v. Cameroon*, ICSID Award of October 21, 1983 und Annulment Decision of May 3, 1985.

²⁰⁷ *Revere Copper v. OPIC*, 56 I.L.R., S.258ff.

²⁰⁸ *Revere Copper v. OPIC*, 56 I.L.R., S.276.

²⁰⁹ *Texaco v. Libya*, Award from January 19, 1977, S.389ff.; siehe auch: *Elf Aquitaine v. National Iranian Oil Company*, 11 Y.B. Com. Arb. (1986) S. 97ff.

²¹⁰ *Texaco v. Libya*, Award from January 19, 1977, S.456.

ein besonderes (für den Privaten i.d.R. begünstigendes) juristisches Regime dar.²¹¹ Diese Vorgehensweise ist in zweierlei Hinsicht interessant: zum einen zeigen diese Entscheidungen, dass Gerichte in der Lage sind, den Entwicklungsbeitrag von wirtschaftlichen Maßnahmen einzuschätzen; zum anderen bestätigt sie, dass Souveränitätseinschränkungen aufgrund der Unterwerfung unter völkerrechtliche Verpflichtungen nur dann gerechtfertigt sind, wenn Staaten als Gegenleistung davon etwas erhalten, nämlich einen Beitrag zu ihrer Entwicklung. Bei *Economic Development Agreements* werden Souveränitätseinschränkungen der Staaten durch einen Entwicklungsbeitrag kompensiert. Beim Investitionsschutzsystem sollen Souveränitätseinschränkungen nur insoweit erfolgen, als sie zu einer Entwicklung führen.

dd) Von wirtschaftlichen zu nachhaltigen Entwicklungsbeiträgen

Nicht geklärt ist weiterhin die Frage, worauf sich der Entwicklungsbeitrag erstrecken soll. Strittig ist, ob eine Maßnahme, die zwar das Staatseinkommen vergrößert, dafür aber Umweltverschmutzungen verursacht, sehr spekulativ ist oder nur niedrige Sozialstandards erfüllt, ebenfalls in den Schutzbereich der ICSID Konvention fallen soll. Konkret geht es mithin um die Frage, ob neben dem Entwicklungsbeitrag auch andere Belange, etwa sozialer, politischer oder kultureller Natur, geprüft werden sollen.²¹²

Für einen derartigen Ansatz spricht der Umstand, dass wirtschaftliche, soziale und ökologische Ziele miteinander verflochten sind. Dies verlangt eine ganzheitliche Betrachtung,²¹³ zumal es keinesfalls entwicklungsfördernd wäre, Investoren zu schützen, die z.B. große Umweltschmutzungen verursachen.²¹⁴ Bei der Beurteilung des Entwicklungsbeitrages sind daher Nachhaltigkeitsgesichtspunkte zu berücksichtigen.

Auf welche Art und Weise dies geschehen soll, ist ebenfalls umstritten. Teilweise wird vertreten, es müsse einerseits ein *economic test* durchgeführt werden, im Rahmen dessen geprüft wird, ob die maßgebliche Aktivität potentiell zu einer Erhöhung des Pro-Kopf-Realeinkommens des Gaststaates führt, andererseits müsse ein *development test* durchgeführt werden. So müsse anhand der in den *World Development Reports* der Weltbank²¹⁵ genannten

²¹¹ Pogany, 7 ICSID Rev. (1992), S.11/12.

²¹² *Ben Hamida*, Patrick Mitchell v. Congo, S. 296.

²¹³ *Kentin*, in: Schrijver (Hrsg.), Principle and Practice, S. 315.

²¹⁴ *Wälde*, I.H.E.I.P Cours et Travaux Nr. 2 (2004), S. 67.

²¹⁵ z. B.in: World Development Report 2003: Sustainable Development in a Dynamic World.

Entwicklungsmaßstäbe geprüft werden, ob die Maßnahme einen positiven Einfluss auf öffentliche Güter wie die Umwelt, die Gesundheit und die Bildung habe.²¹⁶

Dieser Ansicht ist im Ausgangspunkt beizupflichten. Allerdings erscheint die konkrete Ausgestaltung des *development tests* nicht geboten: Zwar wäre die Durchführung eines solchen Tests trotz seiner unbestimmten und subjektiven Maßstäbe möglich.²¹⁷ Er schafft jedoch keinen angemessenen Ausgleich zwischen dem Interesse der Investoren an Gewinnerzielung und dem Interesse an einem Entwicklungsbeitrag im Gastland. Würde man nur solche Investitionen schützen, die einen positiven Einfluss auf öffentliche Güter wie die Umwelt, die Gesundheit und die Bildung haben, so könnte sich dies nachteilig auf den Investitionsfluss auswirken. Im Ergebnis stünde man schlechter da, weil ohne Investition auch keine Entwicklungsförderung mehr möglich ist. Dieses Dilemma kann dadurch gelöst werden, dass lediglich ein negativer Test durchgeführt wird. „Negativ“ bedeutet dabei, dass solche Maßnahmen vom Investitionsschutz ausgenommen werden, die einen nachteiligen Einfluss auf Güter des Gemeinwohles haben. Nur solche wirtschaftliche Aktivitäten, die potentiell einen wirtschaftlichen Beitrag (z.B. ein Kapitaltransfer) leisten und keinen negativen Einfluss auf Güter des Gemeinwohles (z.B. Korruption, Minderung von Sozialstandards oder Umweltverschmutzung) verursachen,²¹⁸ sollten von den ICSID Schiedsgerichten geschützt werden. Für das Vorliegen eines solchen negativen Entwicklungsbeitrages sollte der beklagte Staat beweispflichtig sein. Denn der Beweis, dass ein bestimmter Umstand vorliegt, lässt sich leichter erbringen als der Beweis, dass eine Sachlage allgemein nicht besteht. Abgesehen davon betrifft der Einfluss auf Güter des Gemeinwohles Umstände in der Sphäre des beklagten Staates.

Gegen einen solchen Test wird eingewendet, die Auswirkung auf öffentliche Güter sei eine Frage der Begründetheit der Klage: Im Rahmen des materiell-rechtlichen Schutzes würden Umwelt- und Sozialstandards als Rechtsfrage geprüft, z.B. bei der Frage, ob ein Eingriff des Staates aus Gründen des öffentlichen Wohles gerechtfertigt sei.²¹⁹ Dieses Argument überzeugt indes nicht. Denn der Bezugspunkt der materiell-rechtlichen Prüfung ist ein anderer: Auf der materiell-rechtlichen Ebene wird allein untersucht, ob die Maßnahme des Staates rechtmäßig ist. Auf den Einfluss der Investition auf Güter des Allgemeinwohles kommt es dabei nicht an. Eine Investition kann z.B. große Umweltschäden verursachen, ohne dass dies im Rahmen der Begründetheit der Klage vor den ICSID Schiedsgerichten eine Rolle spielt, weil die Schäden nicht streitgegenständlich sind. Der Bezugspunkt der Zulässigkeit hingegen

²¹⁶ Endicott, in: Gehring/Cordonier Segger (Hrsg.), *Sustainable Development*, S. 390.

²¹⁷ Vgl. III. 5. b).

²¹⁸ Jeżewski, *Online Proceedings Working Paper No. 51/08*, S. 31.

²¹⁹ Johannsen, in: Tietje/Kraft (Hrsg.), *Transnationalen Wirtschaftsrecht*, S. 22.

ist weiter und flexibler. Denn im Rahmen der Zulässigkeit wird die Wirkung der Investitionen als Ganzes und nicht lediglich die Wirkung staatlicher Maßnahmen auf Investitionen untersucht. Die Entwicklungsdimension des Investitionsschutzes sollte daher, aus einem *effet utile* heraus, im Rahmen der Zuständigkeit bei dem Begriff einer Investition adressiert werden.

IV. Zusammenfassung

Nach der hier vertretenen Ansicht ist von einem konventionsimmanenten Investitionsbegriff als strikte Kompetenzvoraussetzung im Rahmen des Art. 25 ICSID auszugehen. Der Kläger muss darlegen, dass die streitgegenständliche Maßnahme nach wirtschaftswissenschaftlichen Grundsätzen potentiell geeignet ist, einen positiven Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates zu leisten. Neben der wirtschaftlichen Entwicklung sind auch andere öffentliche Belange zu berücksichtigen. Eine Maßnahme, die sich negativ auf öffentliche Güter wie die Umwelt, die Gesundheit oder die Bildung auswirkt, verdient keinen Schutz. Was die positive Entwicklungskomponente anbelangt, so kommt es nicht darauf an, dass konkret ein positiver Beitrag zur Wirtschaft des Gaststaates geleistet wurde. Es genügt, wenn die bloße Möglichkeit eines derartigen Beitrages besteht. Die weiteren *Salini*-Kriterien sind keine zwingende Voraussetzung einer Investition, sondern dienen als Indizien für eine solche entwicklungsfördernde Investition. Durch die Schiedspraxis sollten empirisch-typologische Fallgruppen von wirtschaftlichen Maßnahmen gebildet werden, die generell als entwicklungsfördernd gelten und daher ebenfalls als Indiz dienen können. Darunter fallen insbesondere alle Maßnahmen, die unmittelbar oder mittelbar Belange des öffentlichen Interesses in dem Gastland fördern oder unterstützen. Das Vorliegen einer spezifischen ICSID Schiedsklausel sowie die Übereinstimmung der Maßnahmen mit den Entwicklungszielen des beklagten Staates können als weiteres Indiz für das Vorliegen einer Investition herangezogen werden. Ist zwischen dem Investor und dem Gaststaat ein Vertrag geschlossen worden, in dem gemeinsam der Investitionsrahmen und die Entwicklungsziele festgelegt wurden, so ist dies maßgeblich zu berücksichtigen. Diese Indizien können sich zu einer widerlegbaren Vermutung dahingehend verdichten, dass die streitgegenständliche Maßnahme für das Land entwicklungsfördernd ist. Was die negative Entwicklungskomponente anbelangt, so kommt es entscheidend darauf an, ob die betreffende Maßnahme sich nachteilig auf öffentliche Belange wie Menschenrechte,

Umwelt oder Sozialstandards²²⁰ auswirkt. Die Beweislast für einen derartigen negativen Entwicklungsbeitrag trifft den beklagten Staat.

²²⁰ Z. B. aus *Corporate Social Responsibility* Richtlinien.

SCHLUSSWORT

Der Schutz von Investitionen kann zur nachhaltigen Entwicklung beitragen. In der bisherigen Diskussion wurde überwiegend vertreten, die derzeitige Ausgestaltung des Investitionsschutzsystems habe lediglich eine mittelbare Entwicklungsdimension: Aufgrund des Schutzes von Investitionen steigere sich der Investitionszufluss in ärmeren Staaten, wodurch ihre Entwicklung gefördert werde. Um solche entwicklungsfördernde Investitionen zu bekommen, seien diese Staaten bereit, u. a. durch die Ratifizierung der ICSID Konvention und durch das Eingehen von BITs, ihre Souveränität einzuschränken. Dieser *Bargain* des Investitionsschutzes sei ausgeglichen und daher für alle beteiligten Parteien vorteilhaft, weil er einen Ausgleich schaffe zwischen den Interessen der Staaten, ihre Entwicklungsziele zu verfolgen, und den Interessen der Investoren an einem beständigen, transparenten und stabilen Umfeld, in dem sie gewinnbringend investieren können.¹

In der vorliegenden Arbeit wurde zunächst untersucht, ob dieser Ausgleich erzielt wird. Dabei wurde gezeigt, dass es aufgrund eines fehlenden Verhandlungsgleichgewichts zwischen investitionsexportierenden und -importierenden Staaten gerechtfertigt und praktisch notwendig ist, das Investitionsschutzsystem inhaltlich zu überprüfen. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass es eine fördernde Rolle in der wirtschaftlichen, rechtsstaatlichen und sozialen Entwicklung spielt.² Nur wenn das Investitionsschutzsystem von BITs und des ICSID einen allseitig vertretbaren *Bargain* darstellt, wird es langfristig tragfähig bleiben. Schiedsgerichte sollten bei der Auslegung und Anwendung der BITs und der ICSID Konvention diese Ausgewogenheit herstellen. Denn ein rein investorenorientiertes Investitionsschutzsystem wäre für Staaten nicht mehr attraktiv, was letztendlich die Verwirklichung der Ziele der BITs und der ICSID Konvention gefährden würde.³ Daher muss ein fragiles Gleichgewicht hergestellt und ein Maß an Investitionsschutz gefunden werden, bei welchem Investoren investieren wollen und Staaten weiterhin Einschränkungen in Kauf nehmen.⁴

Investitionsimportierende Staaten zahlen einen hohen Preis für die Aussicht auf entwicklungsfördernde Investitionen: Die Unterwerfung unter das Investitionsschutzsystem der BITs und der ICSID Konvention bedeutet aus ihrer Sicht einen starken Souveränitätsverlust. Dies gilt umso mehr, als manche Schiedsgerichte ihre Zuständigkeit extensiv auslegen und quasi jede

¹ Yannaca-Small, OECD Working Paper on International Investment Nr. 2004/4, S. 2.

² Franck, 19 Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J. (2007), S. 373.

³ Saluka v. Czech Republic, UNCITRAL Partial Award of March 17, 2006, Rn. 300.

⁴ Schill, IILJ Working Paper 2006/6 (Global Administrative Law Series), S. 6.

staatliche Maßnahme, die Interessen von Investoren tangiert, überprüfen.⁵ Auch fehlt es im ICSID Verfahren an einem übergeordneten Kontrollmechanismus und an kohärenten Schiedssprüchen. Insgesamt ist die Reichweite der BIT Verpflichtungen unbestimmt, die Gefahr widersprüchlicher Entscheidungen groß, und das Investitionsschutzrecht undurchsichtig.⁶ Dies ist der Rechtssicherheit nicht förderlich und stellt die Legitimität der ICSID Schiedsgerichte in Frage. Staaten befürchten aufgrund des Risikos, zu hohen Schadenersatzzahlungen durch ICSID Schiedsgerichte verurteilt zu werden nicht mehr zugunsten des Allgemeinwohls handeln und ihre nationalen Entwicklungsziele verfolgen zu können.⁷ Dabei bleibt die erhoffte Gegenleistung aus der Unterwerfung unter das Investitionsschutzsystem häufig aus: Es kann kein allgemein gültiges Prinzip dahingehend aufgestellt werden, dass das Eingehen von BITs als Investitionsfaktor den Investitionsfluss steigert, welcher wiederum die Entwicklung der Gaststaaten fördert. Investitionen haben nicht *per se* einen positiven Einfluss auf die Entwicklung in ihrer sozialen, ökologischen und ökonomischen Dimension.⁸ Im Zusammenspiel mit inländischen Faktoren (z. B. rechtstaatlichen Institutionen) können Investitionen einen wichtigen Entwicklungskatalysator darstellen, sofern sie richtig eingesetzt und ihre Negativeffekte auf Nachhaltigkeitsgesichtspunkte kontrolliert werden.⁹ Das Vorliegen solcher inländischer Entwicklungsfaktoren sowie die Kontrolle der Negativeffekte von Investitionen auf Nachhaltigkeitsgesichtspunkte hängen wiederum u.a. von der Fähigkeit der Gaststaaten ab, den Investitionsstrom und innerstaatlichen Markt zu regulieren.¹⁰ Solche Lenkungsmaßnahmen sind allerdings auf nationaler Ebene aufgrund der Souveränitätseinschränkung durch die BITs erschwert. Daher sind entwicklungsfördernde Lenkungsmaßnahmen auf internationaler Ebene zwingend erforderlich, um die Entwicklungsdimension des Investitionsschutzes zu realisieren: Als Ausfluss eines ausgewogenen *Bargains* sollte die Entwicklungsdimension bei der Anwendung der ICSID Konvention durch eine entwicklungsorientierte Auslegung des Begriffes „Investition“ i.S.d. Art. 25 (1) ICSID (als konventionsimmanente Zuständigkeitsvoraussetzung) berücksichtigt werden.¹¹ Nach der hier vertretenen Ansicht stellt jede Maßnahme, die nach wirtschaftswissenschaftlichen Grundsätzen potentiell geeignet ist, einen positiven Beitrag zur wirtschaftlichen Entwicklung des Gaststaates zu leisten und tatsächlich keinen negativen Entwicklungsbeitrag verursacht, eine Investition i. S. d. Art.25 (1) ICSID dar. Um die

⁵ Dolzer, 37 N.Y.U.J.Int'l L&Pol. (2004-2005), S. 956; Neumayer/Spess (2005), S. 10.

⁶ Rosendahl, in: Horn (Hrsg.), Foreign Disputes, S. 38.

⁷ Scandiucci Filho, UNCTAD Expert Meeting on Development, June 2007, S. 6ff.; Vandeveld, Harvard International Law Journal, 41-2 (2000), S. 499.

⁸ UN-Doha 2008, Rn. 2.

⁹ Shihata, 6 ICSID Rev. FILJ (1991), S. 488; UN-Monterrey 2002, Rn. 20.

¹⁰ Peterson, The Royal Institute of International Affairs-Briefing Paper No. 10 (2004), S.2.

¹¹ Ben Hamida, UNCTAD Expert Meeting 2007, S.3.

positive Entwicklungskomponente zu beweisen, können Indizien herangezogen werden. Solche sind z.B. das Vorliegen der weiteren *Salini*-Kriterien oder einer Maßnahme, die typologisch als entwicklungsfördernd gilt oder mit den Entwicklungszielen des beklagten Staates übereinstimmt. Für das Vorliegen eines negativen Entwicklungsbeitrages ist der beklagte Staat beweispflichtig. Ein solch negativer Entwicklungsbeitrag kann gegeben sein, wenn die Maßnahme negative Einflüsse auf Menschenrechte, die Umwelt oder Sozialstandards hat.

Die in dieser Arbeit vorgeschlagene Lösung erhebt nicht den Anspruch der Vollkommenheit. Es sind weitere Maßnahmen erforderlich und möglich, um eine *Win-Win*-Situation zu schaffen, in dem der Investitionsschutz seine Entwicklungsdimension entfaltet. Die Umsetzung der vorgeschlagenen Lösung wäre zwar aufwendig, zumindest bis sich eine Kasuistik in der Schiedspraxis entwickelt und Quantifizierungsmethoden etabliert haben. Angesichts der Tatsache, dass Staaten bereits die ICSID Konvention gekündigt haben und der vermehrt vorgebrachten Kritik gegenüber dem Investitionsschutzsystem, erscheint ein solcher Aufwand indes notwendig, um das System aufrechtzuerhalten. Globale Risiken, wie etwa die Klimaerwärmung oder Weltwirtschaftskrisen, zeigen die Notwendigkeit globaler und differenzierter Maßnahmen auch im wirtschaftlichen Bereich. Ein unausgewogener Investitionsschutz hat nicht nur einen ethischen, sondern auch einen wirtschaftlichen Preis: hierzu gehören staatliche Entwicklungsgelder, die ineffizient verbraucht werden, entgangener Gewinn aus nicht funktionierenden Märkten, sowie Immigrationsströme, die zu Ressourcenverschwendung führen. Es darf daher nicht auf das enorme entwicklungsfördernde Potential von Investitionen verzichten werden. Vor diesem Hintergrund ist es gerechtfertigt, aufwendige Anstrengungen zu unternehmen, um einen ausgewogenen Investitionsschutz zu entwickeln, der eine Synergie zwischen der Entwicklung der Gaststaaten, globaler Nachhaltigkeit und profitorientierter Expansion für Investoren ermöglicht.